

حاشية ابن عابد

رد المحتار على الدر المختار

لمحمد أمين بن عمر الشيرازي عابد

المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ

حَقَّقَ نَصْرُهُ وَعَلَّقَ عَلَيْهِ ثَلَاثَةُ مِنَ الْبَاحِثِينَ بِإِشْرَافِ

الدكتور حسام الدين بن محمد صالح فرفور

رئيس قسم الدراسات التخصصية في معهد جمعية الفتح الإسلامية

قَدَّمَ لَهُ

فقيه الأستاذ الدكتور
محمد سعيد رمضان البوطي

فقيه الأستاذ الدكتور
عبد الرزاق عجلي

طَبَعَتْ مَقَالَةٌ عَلَى ثَلَاثِ نُسَخٍ حَظِيَّةٍ مَسْقُوتَةٍ عَنْ أَصْلِ الْمُؤَلِّفِ
مَعَ تَوْثِيقِ النُّصُوصِ فِي مَصَادِرِهَا الْمُخْطُوطَةِ وَالْمَطْبُوعَةِ
« مُصَافًا إِلَيْهَا تَقْرِيرَاتُ الرَّافِعِيِّ فِي مَوَاضِعٍ مِنْ الْأَجْمَارِ »

معهد جمعية الفتح الإسلامي دمشق

شعبة البحوث والدراسات

المجلد الثامن

قسم الأحوال الشخصية

النكاح



حاشيتا بن عبد الله

رد المحتار على الدر المختار



الموضوع: الفقه الحنفي

العنوان: حاشية ابن عابدين "رد المحتار على الدر المختار"

التأليف: محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين

التحقيق: الدكتور حسام الدين بن محمد صالح الفرغور

الإخراج: خلدون موفق التشة

الإشراف الطباعي: مكتب دار الثقافة والتراث للتحقيق

التنفيذ: مؤسسة الرازي للطباعة والتجليد

عدد الصفحات: ٦٧٦ صفحة

قياس الصفحة: ٢٨ × ٢١

عدد النسخ: ١٠٠٠ نسخة

موافقة وزارة الإعلام رقم: ٤٩٠٧٥ بتاريخ ١٠/٩/٢٠٠٠م

جميع الحقوق محفوظة للمحقق الدكتور حسام الدين فرغور
يمنع طبع هذا الكتاب أو جزء منه بكل طرق الطبع والتصوير والنقل
والتريجة، والنسخ والتسجيل الميكانيكي أو الإلكتروني أو الحاسوبي
إلا بإذن خطي من:

دار الثقافة والتراث - دمشق - سورية ص. ب. ٨٢٣٥

هاتف ٢٢٤٠٧٣٩ - ٢٢٤٠٨٦ - فاكس: ٣٧٣٧٣٨٩

الطبعة الأولى

١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م

يطلب من: دار الثقافة والتراث بدمشق للطباعة والنشر والتوزيع ص. ب. ٨٢٣٥

هاتف ٢٢٤٠٧٣٩ - ٢٢٤٠٨٦ - فاكس: ٣٧٣٧٣٨٩

الموزعون:



الشركة المتحدة للتوزيع

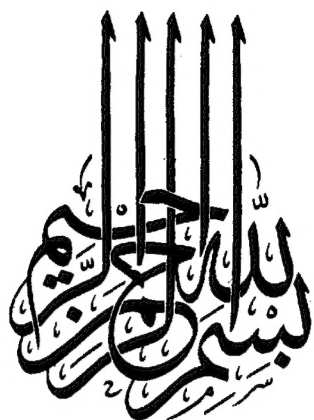
للطباعة والنشر والتوزيع

دار البشائر

دمشق - حلبوني - ص. ب. ٢٥٥٣٩ - هـ ٢٢٣٦٦١
Dameccus - Halbouni - P.O.Box 25539 - Tel.2233891

للمطباعة والنشر والتوزيع
دمشق - حلبوني - ص. ب. ٢٥٥٣٩ - هـ ٢٢٣٦٦١

دمشق - ص. ب. ٢٢٦٥ - هاتف: ٢٢١٧٧٧٣ - ٢٢٤٨٩٦٦ - فاكس: ٢٢٣٦٣٠٥
e-mail: mzd@net.sy
بروت - ص. ب. ١١٧٤٠ - هاتف: ٨١٥١١٤ - ٣٩٤٠٣٩ - فاكس: ٨١٨٦١٥
عمان - ص. ب. ١٨٢٠٧٧ - هاتف: ٤٦٥٩٨٩٢ - ٤٦٥٩٨٩٢ - فاكس: ٤٦٥٩٨٩٢
القاهرة - ص. ب. ٦٣٢٧ - هاتف: ١١٥١١ - ٣٩٠٦٧٧ - فاكس: ٣٩٠٦٨٠٤
الرياض - ص. ب. ٥٦٥٧٩ - هاتف: ١١٦٥٤ - ٤٠٢٥١٩٧ - فاكس: ٤٠٢٢١١٥
البحرين - ص. ب. ٥٤٤ - هاتف: ٢٧٥٣٢٢ - فاكس: ٢٧٥٣٢٢



المشرف على التحقيق
الدكتور حسام الدين بن محمد صالح فرفور
رئيس قسم الدراسات التخصصية في معهد الفتح الإسلامي

شارك في التحقيق

أحمد سامر القباني	أيمن شعباني	خضر شحرور	برهان الدين السقرق
أحمد السيد أحمد	رامز القباني	عبد القادر علي بلمو	عبد الهادي محمد منصور
عبد الرحمن ناصر	سميح إبراهيم صالح		

ساعد في بعض الأعمال العلمية :

محمد عماد قلب اللوز	محمد شحرور	عمر ذي النون	بهاء القباني
نوري الجمل	عبد السلام شاكر	محمد القباني	رضوان محفوظ

﴿كتاب النكاح﴾

ليس لنا عبادة.....

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

﴿كتاب النكاح﴾

ذَكَرَهُ عَقَبَ الْعِبَادَاتِ الْأَرْبَعِ أَرْكَانِ الدِّينِ لِأَنَّهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهَا كَالْبَسِيطِ إِلَى الْمَرْكَبِ؛ لِأَنَّهُ عِبَادَةٌ مِنْ وَجْهِ مُعَامَلَةٍ مِنْ وَجْهِهِ. وَقَدَّمَهُ عَلَى الْجِهَادِ وَإِنْ اشْتَرَكَ فِي أَنَّ كِلَاهُمَا سَبَبٌ لَوْجُودِ الْمُسْلِمِ وَالْإِسْلَامِ؛ لِأَنَّ مَا يَحْصُلُ بِالنَّكَاحِ أَفْرَادَ الْمُسْلِمِينَ أَوْضَعُفُ مَا يَحْصُلُ بِالْقِتَالِ، فَإِنَّ الْغَالِبَ فِي الْجِهَادِ حَصُولُ الْقِتْلِ وَالذِّمَّةِ، عَلَى أَنَّ فِي كَوْنِهِ سَبَبًا لَوْجُودِ الْمُسْلِمِ تَسَامُحًا، نَظَرًا إِلَى أَنَّ تَجَدُّدَ الصِّفَةِ بِمَنْزِلَةِ تَجَدُّدِ الذَّاتِ، وَكَذَا عَلَى الْعَتَقِ وَالْوَقْفِ وَالْأُضْحِيَّةِ وَإِنْ كَانَتْ عِبَادَاتٌ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى الْأَرْكَانِ الْأَرْبَعِ، حَتَّى قَالُوا: إِنَّ الْإِشْتَغَالَ بِهِ أَفْضَلُ مِنَ التَّخَلُّصِ لِنَوَافِلِ الْعِبَادَاتِ، أَيْ: الْإِشْتَغَالَ بِهِ وَمَا يَشْتَمِلُ عَلَيْهِ مِنَ الْقِيَامِ بِمَصَالِحِهِ وَإِعْفَافِ النَّفْسِ عَنِ الْحَرَامِ وَتَرْبِيَةِ الْوَلَدِ وَنَحْوِ ذَلِكَ.

[١١٠٩٤] (قوله: ليس لنا عبادة إلخ) كذا في "الأشباه" (١)، وفيه نظر:

أَمَّا أَوَّلًا: فَإِنَّ كَوْنَهُ عِبَادَةً فِي الدُّنْيَا إِنَّمَا هُوَ لِكَوْنِهِ سَبَبًا لِكَثْرَةِ الْمُسْلِمِينَ، وَلِمَا فِيهِ مِنَ الْإِعْفَافِ

﴿كتاب النكاح﴾

(قوله: وفيه نظر إلخ) قد يقال: ليس في الكلام ما يذلل على دعوى استمرار النكاح في الجنة على وَجْهِ الْعِبَادَةِ، بَلِ الْعِبَارَةُ صَادِقَةٌ بِوُجُودِهِ فِيهَا وَإِنْ كَانَ لَا عَلَى وَجْهِهَا، وَحِينَئِذٍ فَلَا يَرُدُّ الْوَجْهَ الْأَوَّلُ، فَيَكْفِي لَصَدَقِ هَذَا وَجُودُهُ فِي الْجَنَّةِ عَلَى أَيِّ وَجْهِ، أَوْ يُقَالُ بِوُجُودِهِ فِيهَا عَلَى وَجْهِ الْعِبَادَةِ أَيْضًا بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ مِنْ إِحْسَانَاتِهِ تَعَالَى لِعَبِيدِهِ وَقَبُولُهَا تَمَّا يَتَعَبَّدُ بِهِ؛ فَإِنَّ الْكَرِيمَ يَرْغَبُ قَبُولَ إِحْسَانِيهِ، فَالْعِبَادَةُ فِيهِ حِينَئِذٍ عِبَادَةٌ شُكْرٍ وَإِنْ كَانَتْ عِبَادَةً تَكْلِيفٍ بِالنِّسْبَةِ لِلدُّنْيَا، كَمَا أَنَّ الْإِيمَانَ عِبَادَةٌ بِطَرِيقِ الْمُشَاهَدَةِ وَالْعِيَانِ لَا بِطَرِيقِ التَّكْلِيفِ كَمَا فِي حَالِ الدُّنْيَا.

ونحوه مما ذكرناه^(١)، وهذا مفقود في الجنة، بل ورد: ((أهل الجنة لا يكون لهم فيها ولد))^(٢)، لكن ورد في حديث آخر: «المؤمن إذا اشتهى الولد في الجنة كان حملُهُ ووضعهُ ونسبُهُ في ساعة واحدة كما يشتهي»، وهذا أولى؛ لقول "الترمذي": ((إنه حديث حسن غريب))^(٣).

وأما ما أورده ثانياً فغير وارد؛ فإن موضوع القضية فيما شرع من عهد آدم، وهما من المشروع قبله، تأمل. وعلى هذا يقال: عدّ الإيمان مع النكاح مع أنه مشروع قبل آدم، وقد يظهر الجواب بالتأمل، بأن يُراد بالإيمان الإيمان بما جاءت به الرُّسل، وهو لم يُشرع إلا من عهد آدم، بخلاف الذكر والشكر لشرعهما قبله. ولك أن تقول: المراد بالنكاح الأثر المترتب على العقد، وهذا كالإيمان مُستمر في الجنة، بخلاف الذكر والشكر الموجودين فيها؛ فإنهما حادثان غير الموجودين في الدنيا.

(١) أي: أول الباب.

(٢) أخرجه عبد الله بن أحمد ١٣/٤ - ١٤، وابن أبي عاصم في "السنة" (٦٣٦)، والطبراني ٢١١/١٩ وصححه الحاكم ٥٦٠/٤ كتاب الأحوال، وأبو نعيم في "صفة الجنة" ٢٠٧/٣، كلهم عن ذُهم بن الأسود عن أبيه وقيل جده عن عمه لقيط بن عامر أبي رزين العقيلي مرفوعاً، ثم قال ذُهم: وحديثه أبي عن عاصم بن لقيط أن لقيطاً - مرسل - والحديث طويل وفيه: ((تلقوهن غير أن لا توالد)).

وهذا الحديث استغربه ابن كثير وابن حجر، وقال ابن القيم في "رأد المعاد" ٦٧٧/٣: لم ينكره أئمة الحديث بل تلقوه بالقول.

(٣) أخرجه أحمد ٩١/٣ - ٨١، والترمذي (٢٥٦٣) كتاب صفة الجنة - باب ما جاء ما لأدنى أهل الجنة من الكرامة، وابن ماجه (٤٣٣٨) كتاب الزهد - باب صفة الجنة، والدارمي ٧٩٤/٢ كتاب الرقاق - باب في ولد أهل الجنة، وابن حبان (٧٤٠٤) كتاب إخباره عليه السلام عن مناقب الصحابة - باب وصف الجنة وأهلها، وأبو يعلى (١٠٥١) كلهم من طريق عامر الأحول عن أبي الصديق الناجي عن أبي سعيد الخدري مرفوعاً، قال الترمذي: حسن غريب، وقال ابن القيم في "حادي الأرواح" ص ٣١٢: إسناد حديث أبي سعيد على شرط الصحيح، فرجاله محتج بهم فيه، ولكنه غريب جداً.

وقال الترمذي: وقد اختلف أهل العلم في هذا، فقال بعضهم: في الجنة جماع ولا يكون ولد، هكذا روي عن طاووس، ومجاهد، وإبراهيم النخعي، وقال محمد - يعني البخاري - قال إسحاق بن إبراهيم في حديث النبي صلى الله عليه وسلم: ((إذا اشتهى المؤمن الولد في الجنة كان في ساعة واحدة كما يشتهي، ولكن لا يشتهي)). قال محمد: وقد روي عن أبي رزين العقيلي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((إِنَّ أَهْلَ الْجَنَّةِ لَا يَكُونُ لَهُمْ فِيهَا وَلَدٌ)). وقال المناوي في "فيض القدير" ٢٥٨/٦: والمراد أن ذلك يكون إن اشتى كونه، لكنه لا يشتهي ذلك فلا يولد له، فلا تعارض بينه وبين خبر العقيلي بسند صحيح: ((إنَّ الْجَنَّةَ لَا يَكُونُ فِيهَا وَلَدٌ))، وانظر "حادي الأرواح" لابن القيم ص ٣١٢ - ٣٢١.

شَرَعَتْ^(١) من عَهْدِ آدَمَ إِلَى الْآنَ، ثُمَّ تَسْتَمِرُّ فِي الْجَنَّةِ إِلَّا النِّكَاحُ وَالْإِيمَانُ.

(هو) عند الفقهاء (عَقْدٌ يَفِيدُ مِلْكَ الْمُتَعَةِ).....

وَأَمَّا ثَانِيًا: فَلَأَنَّ الذَّكَرَ وَالشُّكْرَ فِي الْجَنَّةِ أَكْثَرُ مِنْهُمَا فِي الدُّنْيَا؛ لِأَنَّ حَالَ الْعِيدِ يَصِيرُ كَحَالِ الْمَلَائِكَةِ الَّذِينَ يُسَبِّحُونَ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ لَا يَفْتُرُونَ، غَايَتُهُ أَنَّ هَذِهِ الْعِبَادَةَ لَيْسَتْ بِتَكْلِيفٍ، بَلْ هِيَ مُقْتَضَى الطَّبْعِ؛ لِأَنَّ خِدْمَةَ الْمَلُوكِ لِدَّةٍ وَشَرَفٌ، وَتَزْدَادُ بِالْقُرْبِ، وَتَمَامُهُ فِي "حَاشِيَةِ الْحَمَوِيِّ"^(٢) عَلَى "الْأَشْبَاهِ".

[١١٠٩٥] (قَوْلُهُ) (عَقْدٌ) بِمَجْمُوعٍ يُجَابِ أِحْدَ الْمُتَكَلِّمِينَ مَعَ قَبُولِ الْآخَرِ، أَوْ كَلَامُ

(١) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((قَوْلُهُ) لَيْسَ لَنَا عِبَادَةٌ شَرَعَتْ إلخ، أَقُولُ: الظَّاهِرُ أَنَّ الْمُرَادَ بِالنِّكَاحِ هُنَا الْوِطْءُ لَا الْعَقْدُ، وَإِنْ كَانَ حَقِيقَةُ فِي الْعَقْدِ عِنْدَنَا. قَالَ "الْبَغَوِيُّ" فِي تَفْسِيرِ قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَوَجَّعْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ﴾ أَي: قَرْنَاهُمْ بِهِنَّ، لَيْسَ مِنْ عَقْدِ التَّزْوِيجِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقَالُ: زَوَّجْتُهُ بَامْرَأَةٍ، وَقَالَ أَبُو عُبَيْدَةَ: جَعَلْنَاهُمْ أَزْوَاجًا كَمَا يَزُوجُ الْعُلَّ بِالْعُلِّ أَي: جَعَلْنَاهُمْ أَثْنَيْنِ الْثَنَيْنِ، انْتَهَى. بَقِيَ أَنْ يُقَالَ: النِّكَاحُ بِمَعْنَى الْوِطْءِ، إِنَّمَا كَانَ عِبَادَةً فِي الدُّنْيَا بِاعْتِبَارِ قَصْدِ النَّاسِ الْمَطْلُوبِ شَرْعًا، وَذَلِكَ مَفْقُودٌ فِي الْآخِرَةِ، فَلْيُحَرَّرْ.

هَذَا وَقَدْ وَقَعَ سَوَالٌ لِلْعَلَّامَةِ "مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي شَرِيفٍ" الشَّافِعِيِّ صَوْرَتُهُ: هَلْ فِي الْجَنَّةِ تَزْوِيجٌ وَوِلَادَةٌ كَحَالِ الدُّنْيَا؟ أَمْ حَالُ الْآخِرَةِ بِخِلَافِ حَالِ الدُّنْيَا؟ فَاجَابَ: قَدْ وَقَعَ خِلَافٌ مِنَ السَّلَفِ فِي الْوِلْدِ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَكُونُ الْحَمْلُ وَالْوَضْعُ وَالسِّنُّ فِي سَاعَةٍ وَاحِدَةٍ، وَاسْتَنْدَلُوا فِي ذَلِكَ إِلَى مَا رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ مِنْ حَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ الْخَدْرِيِّ: ((الْمُؤْمِنُ إِذَا اشْتَهَى الْوِلْدَ فِي الْجَنَّةِ كَانَ حَمْلُهُ وَوَضْعُهُ وَسِنُّهُ فِي سَاعَةٍ وَاحِدَةٍ كَمَا يَشْتَهِي)) قَالَ "التِّرْمِذِيُّ": حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَكُونُ جَمَاعٌ وَلَا يَكُونُ وَلَدٌ، وَاسْتَنْدَلُوا إِلَى حَدِيثٍ فِي "التَّذَكُّرَةِ" أَوْرَدَهُ عَنْ أَبِي رَزِينٍ الْعَقِيلِيِّ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: ((إِنَّ أَهْلَ الْجَنَّةِ لَا يَكُونُ لَهُمْ فِيهَا وَلَدٌ))، وَالْخَدِيثُ الْأَوَّلُ أَوَّلِي لَتَحْسِينِ التِّرْمِذِيِّ لَهُ.

وَأَمَّا التَّزْوِيجُ فَلَمْ أَرِ حِينَ هَذِهِ الْكِتَابَةِ حَدِيثًا بِمَصْرُوحٍ بِعَقْدِ النِّكَاحِ فِي الْجَنَّةِ كَهَيْئَةِ الدُّنْيَا، نَعَمْ رَوَى الطَّبْرَانِيُّ فِي "الْكَبِيرِ" وَ"الْأَوْسَطِ" عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ، وَلَفْظُهُ: ((قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ الْمَرْأَةُ تَتَزَوَّجُ زَوْجِينَ وَالثَّلَاثُ وَالْأَرْبَعُ فِي الدُّنْيَا، ثُمَّ مَيِّتَتْ فَتَدْخُلُ الْجَنَّةَ وَيَدْخُلُونَ مَعَهَا، مَنْ يَكُونُ مَعَهَا؟ قَالَ: يَا أُمَّ سَلَمَةَ إِنَّهَا تَحْمِلُ تَحْمِيلَ أَحْسَنِهِمْ خَلْقًا، فَتَقُولُ: أَيُّ رَبِّ، إِنَّ هَذَا كَانَ أَحْسَنَهُمْ مَعِيَ خَلْقًا فَرُوجْتَنِي، يَا أُمَّ سَلَمَةَ ذَهَبَ حُسْنُ الْخَلْقِ بِخَيْرِ الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ))، فِيهِ قَوْلُ الْمَرْأَةِ الْمُخَيَّرَةِ بَيْنَ أَزْوَاجِهَا فِي خَطَابِهَا لِرَبِّهَا: فَرُوجْتَنِي، أَي: اجْعَلْ لِي زَوْجًا لَيْسَ بِمَصْرُوحٍ بِالْعَقْدِ، انْتَهَى. عَزَاهُ الْبَاقَانِي إِلَى "السَّرَاجَةِ"، وَتَبِعَهُ فِي "مَنِيَةِ الْمُفِيِّ" وَ"الْفَيْضِ" وَ"التَّاتِرْخَانِيَةِ" (ج). ١٤٩ق/ب.

(٢) "عَمَزُ عَيُونِ الْبَصَائِرِ": كِتَابُ النِّكَاحِ ١٠٢/٢ بِتَصَرُّفٍ، نَقَلًا عَنْ ابْنِ الْخَطَّابِ فِي تَفْسِيرِ سُورَةِ السَّجْدَةِ.

أي: حِلَّ استمتاع الرَّجُلِ.....

الواحد القائم مقامهما، أعني: متولّي الطرفين، "بحر"^(١)، وفيه كلام يأتي^(٢).
[١١٠٩٦] (قوله: أي: حِلَّ استمتاع الرَّجُلِ) أي: المراد أنه عقْدٌ يفيّد حكمه بحسب وضع الشرع، وفي "البدائع"^(٣): ((أَنْ مِنْ أَحْكَامِهِ مِلْكُ الْمُتَمَتِّعِ، وَهُوَ اخْتِصَاصُ الزَّوْجِ عِنَافِيعَ بُضْعِهَا وَسَائِرِ أَعْضَائِهَا [١٠٣/١٠٤] استمتاعاً، أَوْ مِلْكُ الذَّاتِ وَالنَّفْسِ فِي حَقِّ التَّمَتُّعِ عَلَى اخْتِلَافٍ مَشَابِهِنَا فِي ذَلِكَ)) اهـ "بحر"^(٤).

وعزا "الدَّبُوسِي" المعنى الأوَّلَ إلى "الشَّافِعِي"، لكنَّ كلام "المصنّف" كـ "الكنز"^(٥) صريحٌ في اختياره، على أنَّ الظَّاهر - كما في "النَّهْر"^(٦) -: ((أَنَّ الْخُلْفَ لَفْظِيٌّ؛ لِقَوْلِ "الدَّبُوسِي": إِنَّ هَذَا الْمَلِكَ لَيْسَ حَقِيقِيًّا، بَلْ فِي حَكْمِهِ فِي حَقِّ تَحْلِيلِ الْوَطْءِ دُونَ مَا سِوَاهُ مِنَ الْأَحْكَامِ الَّتِي لَا تَتَّصِلُ بِحَقِّ الزَّوْجِيَّةِ)) اهـ.

فعلى القول الذي عزاهُ الدَّبُوسِيُّ إلى أصحابنا من أَنَّهُ مِلْكُ الذَّاتِ لَيْسَ مِلْكاً لِلذَّاتِ حَقِيقَةً، بَلْ مِلْكُ التَّمَتُّعِ بِهَا، أَي: اخْتِصَاصُ الزَّوْجِ بِهِ كَمَا عَبَّرَ بِهِ فِي "البدائع"^(٧)، وَهُوَ الْمُرَادُ مِنَ الْقَوْلِ بِأَنَّهُ مِلْكُ الْمُتَمَتِّعِ.

وبه ظهَرَ أَنَّ تَفْسِيرَ الْمَلِكِ هُنَا بِالْاِخْتِصَاصِ - كَمَا عَبَّرَ بِهِ فِي "البدائع" - أَوَّلَى مِنْ تَفْسِيرِهِ بِالْحِلِّ تَعَالَى "البحر"؛ لِأَنَّ الْاِخْتِصَاصَ أَقْرَبُ إِلَى مَعْنَى الْمَلِكِ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ نَوْعٌ مِنْهُ بِخِلَافِ الْحِلِّ؛

٢٥٨/٢

(قوله: أَوَّلَى مِنْ تَفْسِيرِهِ بِالْحِلِّ تَعَالَى لـ "البحر" إلخ) قال "ط" - بعد نقل كلام "البحر" و"النَّهْر" - ((وَمَّا لَ كَلَامُهُمَا إِلَى أَنَّ الْمُرَادَ الْحِلَّ، وَلِهَذَا اقْتَصَرَ "ح" عَلَى مَا فِي "البحر")).

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٥/٣ بتصرف.

(٢) "در" ص ٣٢٩ - وما بعدها.

(٣) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان حكم النكاح - فصل: ومنها ملك المتعة ٣٣١/٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٨٥/٣.

(٥) انظر "رمز الحقائق": كتاب النكاح ص ١٣٨.

(٦) "النَّهْر": كتاب النكاح ق ١٦١/ب.

(٧) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان حكم النكاح - فصل: ومنها ملك المتعة ٣٣١/٢.

لأنه لازم لملك المتعة، وهو لازم لاختصاصها بالزوج شرعاً أيضاً، على أن ملك كل شيء بحسبه، فملك الزوج المتعة بالعقد ملك شرعي كملك المستأجر المنفعة بمن استأجره للخدمة مثلاً، ولا يرد عليه قوله في "البحر"^(١): ((إن المراد بالملك الحل لا الملك الشرعي؛ لأن المنكحة لو وطئت بشبهة فمهرها لها، ولو ملك الانتفاع بوضعها حقيقة^(٢) لكان بدل له)) اهـ؛ لأن ملكة الانتفاع بالبضع حقيقة لا يستلزم ملكة البدل، وإنما يستلزم ملك نفس البضع كما لو وطئت أمته، فإن العقر له لملكه نفس البضع بخلاف الزوج، فافهم.

(تنبيه)

كلام "الشارح" و"البدائع" يشير إلى أن الحق في التمتع للرجل لا للمرأة كما ذكره

(قوله: لأن ملكة الانتفاع بالبضع حقيقة إلخ) جعل "فاضيخان" علة عدم ملك الزوج البدل كون ملك النكاح للزوج ملكاً ضرورياً لا يظهر في ملك البدل، وهو أولى مما قاله "المحشي"؛ إذ من ملك شيئاً ملك بدله سواء كان هذا الشيء ذاتاً أو منفعة، وعبارته في "شرح الزيادات" من باب ما يجب فيه القصاص: ((فيبطل بحق أو بغيره، وإن قطعت يد القاطع ظلماً عمداً أو خطأ بطل القصاص لقوات محلّه، ولا يصير مالاً؛ لأنه ما قضى بطرفه حقاً عليه، وله القصاص على القاطع الثاني إن كان عمداً، وأرش اليد على عاقله إن كان خطأ؛ لأن يد من عليه القصاص معصومة في حق سائر الناس فيجب فيها ما يجب في سائر الأيدي، ولا حق للمقطوع يده في هذا الأرض؛ لأن حقّه كان في القصاص فلا ينقلب مالاً لما قلنا، وهذا لأن الأرض بدل اليد الثانية ولا حق لمن له القصاص في بدل اليد، وملك القصاص ملك ضروري يظهر في الاستيفاء، وما كان من توابعه، كالعفو والصلح لا في ملك البدل كملك النكاح للزوج، لا يظهر في ملك البدل حتى لو وطئت المنكحة بشبهة وحب العقر لا يكون للزوج)).

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٥/٣.

(٢) ((حقيقة)) ساقطة من الأصل.

السيد "أبو السعود" في "حواشي مسكين"^(١)، قال: ((ويُفَرِّغُ عليه ما ذكره "الأبياري" شارح "الكنز" في "شرح" له "الجامع الصغير"^(٢) في شرح قوله عليه الصلاة والسلام: «احفظ عورتك إلا من زوجتك أو ما ملكت يمينك»^(٣): ((مِنْ أَنْ لِلزَّوْجِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى فَرْجِ زَوْجَتِهِ وَحَلَقَةِ ذُبْرِهَا بِخِلَافِهَا، حَيْثُ لَا تَنْظُرُ إِلَيْهِ إِذَا مَنَعَهَا مِنَ النَّظَرِ)) اهـ، ونقله "ط"^(٤) وأقره.

والظاهر أنَّ المراد: ليس لها إجبارُهُ على ذلك لا بمعنى أنَّه لا يَجِلُّ لها إذا مَنَعَهَا منه؛ لأنَّ مِنْ أحكام النِّكَاحِ حَلَّ استمتاع كُلِّ منهما بِالْآخِرِ، نَعَمْ لَهُ وَطُؤُهَا حَرَامًا إِذَا امْتَنَعَتْ بِمَا مَنَعَ شَرْعِيًّا، وليس لها إجبارُهُ على [١/٢ق/٣] الوطءِ بعدمَا وَطِئَهَا مَرَّةً وَإِنْ وَجَبَ عَلَيْهِ دِيَانَةٌ أَحْيَانًا عَلَى مَا سَيَأْتِي^(٥)، تَأَمَّلْ.

(١) "فتح المعين": كتاب النكاح ٣/٢.

(٢) المسمى "مواهب القدير" لفوائد ابن مبارك الأبياري المصري (ت ١٠١٦هـ) شرح "الجامع الصغير" للسيوطي ("إيضاح المكنون" ٦٠٢/٢، "خلاصة الأثر" ٢٥٤/٣، "هدية العارفين" ٨١٤/١، "الأعلام" ١٢٥/٥ ووفاته فيه بعد ١٠٦٣هـ).

(٣) أخرجه أحمد ٣/٥ - ٤، وأبو داود (٤٠١٧) كتاب الحَمَام - باب ما جاء في التعمري، والترمذي (٢٧٦٩) كتاب الأدب - باب ما جاء في حفظ العورة، وقال: هذا حديث حسن، والنسائي في "الكبرى" (٨٩٧٢) كتاب عشرة النساء - باب نظر المرأة إلى عورة زوجها، وابن ماجه (١٩٢٠) كتاب النكاح - باب التستر عند الجماع، والحاكم ١٨٠-١٧٩/٤ كتاب اللباس، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي، والطحاوي في "شرح مشكل الآثار" (١٣٨١) باب ستر العورة، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٩٩/١ كتاب الطهارة - باب كون الستر أفضل إن كان خالياً و٢٢٥/٢ كتاب الصلاة - باب وجوب ستر العورة للصلاة وغيرها، وقد علق البخاري في "صحيحه" أصله بصيغة الجزم كتاب الغسل - باب من اغتسل عرياناً "الفتح" ٣٨٥/١. كلُّهم من حديث يَهْزُ بن حَكِيم عن أبيه عن جَدِّه مرفوعاً، وَجَدُّ يَهْزُ اسمه: معاوية بن حَنِيْدَةُ الْقَشِيرِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) "ط": كتاب النكاح ٣/٢.

(٥) (المقولة [١٢٦٩٨] قوله: ((ويسقط حقها مرة)).

من امرأة لم يَمْنَع من نكاحها مانع شرعي، فخرَجَ الذَّكَرُ والخنثى المشكل.....

[١١٠٩٧] (قوله: من امرأة إلخ) ((من)) ابتدائية، والأولى أن يقول: بامرأة، والمراد بها المحققة أنوثتها بقريئة الاحتراز بها عن الخنثى، وهذا بيانٌ لمحلية العقد، قال في "البحر"^(١) - بعد نقله عن "الفتح"^(٢): أَنَّ محلَّيْتَهُ الأنثى^(٣): ((والأولى أن يقال: إِنَّ محلَّيْتَهُ أنثى محققة من بنات آدم ليست من المحرمات، وفي "العناية"^(٤): محلُّ امرأة لم يَمْنَع من نكاحها مانع شرعي، فخرَجَ الذَّكَرُ للذَّكَر، والخنثى مطلقاً، والجنينة للإنسي، وما كان من النساء محرماً على التأييد كالحجارم)) اهـ.

وبه ظهر أنَّ المراد بالنكاح في قوله: ((لم يَمْنَع من نكاحها)) العقد لا الوطء؛ لأنَّ المراد بيان محلِّية العقد، ولذا احتَرَزَ بالمانع الشرعي عن المحارم، فالمراد به المحرمية بنسبٍ أو سببٍ كالمصاهرة والرَّضَاع، وأما نحو الحيض والنَّفَاس والإحرام والظَّهَار قبل التَّكْفِير فهو مانعٌ من جُلِّ الوطء لا من محلِّية العقد، فافهم.

[١١٠٩٨] (قوله: فخرَجَ الذَّكَرُ والخنثى المشكل) أي: أنَّ إيرادَ العقد عليهما لا يُفيدُ ملكَ استمتاع الرَّجُلَ بهما لعدم محلَّيْتِهِما له، وكذا على الخنثى لامرأةٍ أو لمثليهِ، ففي "البحر"^(٥) عن "الزَّيْلَعِي"^(٦) في كتاب الخنثى: ((لو زَوَّجَهُ أبوه أو مولاه امرأةٍ أو رجلاً لا يُحَكِّمُ بصحَّتِهِ حتَّى يَتَبَيَّنَ حالُهُ أَنَّهُ رجلٌ أو امرأة، فإذا ظهر أَنَّهُ خلافُ ما زَوَّجَ به تَبَيَّنَ أنَّ العقدَ كان صحيحاً، وإلَّا فباطل؛ لعدم مصادفةِ الحُلِّ، وكذا إذا زَوَّجَ خنثى من خنثى آخرَ لا يُحَكِّمُ بصحَّةِ النِّكَاحِ حتَّى يظهر أنَّ أحدهما ذَكَرٌ والآخر أنثى)) اهـ.

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٣/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٠/٣.

(٣) في مطبوعة "البحر": ((إن كلية الأنثى))، وهو تحريف.

(٤) "العناية": كتاب النكاح ٩٩/٣ هامش "فتح القدير".

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٨٣/٣.

(٦) "تبين الحقائق": ٢١٧/٦ - ٢١٨.

والوثنية^(١) لجوازِ ذُكُورِته^(٢)، والمَحَارِمُ والجنَّةُ وإنسانُ الماءِ لاختلافِ الجنسِ،.....

فلو قال "الشارح": ((والجننى المشكَلُ مطلقاً)) لشمِلَ الصُّورُ الثَّلَاثُ، لكنَّه اقتصرَ على إفادَةِ بعضِ أحكامِهِ، وليس فيه إجمالٌ، فافهم.

[١١٠٩٩] (قوله: والوثنية) ساقطٌ من بعضِ النسخ، ووُجِدَ في بعضها قبل قوله: ((والجننى))، والأولى ذِكْرُها بعدَهُ لخروجِها بالمَنعِ الشرعيِّ، وعَبَّرَ بها تبعاً لتعبيرِ "المصنّف" في فصلِ المحرّمات^(٣)، والأولى التَّعبيرُ بالمُشْرَكَةِ كما عبَّرَ به "الشارح" هناك^(٤).

[١١١٠٠] (قوله: والمحارم) هذا خارجٌ بالمَنعِ الشرعيِّ أيضاً، وكذا قوله: ((والجنينة وإنسان الماء)) بقريضةِ التعليلِ باختلافِ الجنس؛ لأنَّ قوله تعالى: ﴿وَاللّٰهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا﴾ [النحل- ٧٢] يَبَيِّنُ المَرَادَ من قوله: ﴿فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء- ٣]، وهو الأُنثى من بناتِ آدم، فلا يَثْبُتُ جُلُّ غَيْرِهَا بلا دليلٍ، ولأنَّ الجِنَّ يَتَشَكَّلُونَ بِصُورٍ شَتَّى، فقد يَكُونُ ذَكَراً [٣/٢٠٦ب] تَشَكَّلَ بِشَكْلِ أَنْثَى، وما قيل - مِنْ أَنَّ مَنْ سَأَلَ عَنْ جَوَازِ التَّزْوَاجِ بِهَا يُصَفِّعُ لَجَهْلِهِ وَحِمَاقَتِهِ؛ لَعَدَمِ تَصَوُّرِ ذَلِكَ - بعيدٌ؛ لأنَّ التَّصَوُّرَ مُمْكِنٌ؛ لأنَّ تَشَكُّلَهُمْ ثَابِتٌ

(قوله: لأنَّ قوله تعالى: ﴿وَاللّٰهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا﴾ يَبَيِّنُ المَرَادَ من قوله: ﴿فَأَنكِحُوا﴾ [الخ] قلت: لكنَّه - أي: الاستدلالُ بالآيةِ الأولى وحدها - استدلالٌ بِمَفْهُومِ الصِّفَةِ، وهو ليس بِحُجَّةٍ عِنْدَنَا كما تَقَرَّرُ فِي الْأَصُولِ، وَحِينَئِذٍ يَحْتَاجُ لِلدَّلِيلِ. وقد يقال: الْأَصْلُ فِي الْفُرُوجِ الْحَرَمَةُ إِلَّا أَنَّ الشَّارِعَ أَذِنَ فِي نِكَاحِ الْإِنَاثِ مِنْ بَنِي آدَمَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [الآية]، والنِّسَاءُ اسْمٌ لِلْإِنَاثِ مِنْ بَنِي آدَمَ خَاصَّةً، كما في "آكام المَرْجَان" اهـ "سندي".

(١) عبارة "د" و"و": ((والوثنية والجننى المشكَل))، وهي الأصحُّ كما يدل عليه سياق "الدر".

(٢) في "د" و"و": ((ذُكُورِيته)).

(٣) "در" ص ١٤٩.

(٤) "در" ص ٩٦.

وأجاز "الحسن" نكاح الجنّة بشهود، "قنية"^(١).....

بالحديث^(٢) والآثار والحكايات الكثيرة، ولذا ثبت النهي^(٣) عن قتل بعض الحيات كما مر^(٤) في مكروهات الصلاة، على أنّ عدم تصوّر ذلك لا يدلّ على حماقة السائل كما قاله في "الأشياء"^(٥)، وقال: ((ألا ترى أنّ "أبا الليث" ذكر في "فتاويه": أنّ الكفار لو تترسّوا بنبي من الأنبياء هل يرمى؟ فقال: يُسأل ذلك النبي؟ ولا يتصوّر ذلك بعد رسولنا ﷺ، ولكن أجاب على تقدير تصوّر كذا هذا)) اهـ، وقام ذلك في رسالتنا^(٦) المسماة "سلّ الحسام الهندي لنصرة سيّدنا خالد النقشبندي"^(٧).

(تنبيه)

في "الأشياء"^(٨) عن "السراجية"^(٩): ((لا تجوز المناكحة بين بني آدم والجن وإنسان الماء لاختلاف الجنس)) اهـ.

ومفادُ المفاعلة أنّه لا يجوز للجنّي أن يتزوَّج إنسيّاً أيضاً، وهو مفادُ التعليل أيضاً.
[١١١٠١] (قوله: وأجاز "الحسن") أي: البصريّ ﷺ كما في "البحر"^(١٠)، والأولى التقييد به لإخراج "الحسن بن زياد" تلميذ "الإمام" ﷺ؛ لأنّه يتوهم من إطلاقه هنا أنّه رواية في المذهب،

(١) "القنية": كتاب النكاح - باب فيما يجوز من الأنكحة ق ٣٤/ب معزياً إلى الشيخ أبي حامد رحمه الله تعالى.

(٢) تقدم تخريجه ٢٤٦/٦.

(٣) تقدم تخريجه ١٧٩/٤.

(٤) المقلوبة [٥٤٩٢] قوله: ((فالأولى إلخ)).

(٥) "الأشياء والنظائر": الفن الثالث - أحكام الجان ص ٣٨٩..

(٦) انظر "مجموعة رسائل ابن عابدين": ٢٩٦/٢.

(٧) هو أبو البهاء خالد بن أحمد بن حسين، ضياء الدين النقشبندى الشهرزورى الشافعى (ت ١٢٤٢هـ). "حلية

البشر" ٥٨٧/١، "منتخبات التواريخ" ٦٥٢/٢، "أعيان دمشق" ص ٩٨..

(٨) "الأشياء والنظائر": الفن الثالث - أحكام الجان ص ٣٨٩..

(٩) "الفتاوى السراجية": كتاب النكاح - باب نكاح المحارم ٢٠٨/٢ (هامش "فتاوى قاضيخان").

(١٠) "البحر": كتاب النكاح ٨٣/٣.

(قصدًا) خرَجَ ما يُفِيدُ الحِلَّ ضمناً كسواءِ أَمَةٍ للتَّسْرِي.....

وليس كذلك، "ط" (١). لَكِنَّه نَقَلَ بَعْدَهُ عَنْ "شرح المتقّى" (٢) عَنْ "زواهر الجواهر" (٣): ((الأصحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ نِكَاحُ آدَمِيٍّ جَنِيَّةً كَعَكْسِهِ لِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ، فَكَانُوا كَبَقِيَّةِ الحَيَوَانَاتِ)) اهـ. وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُقَابِلُ الْأَصَحِّ قَوْلُ "الحسن" المذكور، تَأْمَلْ.

[١١١٠٢] (قوله: قصدًا) حالٌ من ضميرِ ((يفيدُ))، ووقوعُ المصدرِ حالاً - وإنْ كَثُرَ - سماعيٌّ، "ط" (٤).

٢٥٩/١

[١١١٠٣] (قوله: كسواءِ أَمَةٍ) فَإِنَّ الْمَقْصُودَ فِيهِ مِلْكُ الرَّقَبَةِ، وَحِلُّ الْإِسْتِمَاعِ ضَمْنِيٌّ، وَلِذَا تَخَلَّفَ فِي شِرَاءِ الْمُحَرَّمَةِ نَسَباً أَوْ رِضَاعاً أَوْ اشْتِرَاكاً، "ح" (٥).

[١١١٠٤] (قوله: للتَّسْرِي) حَصَّهُ بِالذَّكْرِ لِأَنَّهُ لَوْ اشْتَرَاهَا لَا لِلتَّسْرِي كَانَ حِلُّ الْإِسْتِمَاعِ ضَمْنِيّاً بِالْأَوَّلَى، وَلَوْ قَالَ: وَلَوْ لِلتَّسْرِي لَكَانَ أَظْهَرَ، وَكَلَامُ "البحر" يَدُلُّ عَلَيْهِ حَيْثُ قَالَ (٦): ((وَمِلْكُ الْمَنْعَةِ ثَابِتٌ ضَمْنًا وَإِنْ قَصَدَهُ الْمُشْتَرِي))، "ح" (٧).

(قوله: حالٌ من ضميرِ يُفِيدُ إلخ) الْأَظْهَرُ جَعَلَهُ حَالاً مِنْ مِلْكِ الْمَنْعَةِ.

(قولُ "الشارح": كسواءِ أَمَةٍ للتَّسْرِي) فَإِنَّ الْمَقْصُودَ فِيهِ مِلْكُ الرَّقَبَةِ، وَمِلْكُ الْمَنْعَةِ ثَبَتَ ضَمْنًا، وَإِنْ قَصَدَهُ الْمُشْتَرِي فَقَصْدُهُ لَا يُخْرِجُ اللَّفْظَ عَنْ مَوْضُوعِهِ.

(١) "ط": كتاب النكاح ٣/٢.

(٢) "الدر المتقّى": كتاب النكاح - باب المحرمات ٣٢٢/١ (هامش "جمع الأنهر").

(٣) تقدمت ترجمته ٦١٩/٣.

(٤) "ط": كتاب النكاح ٣/٢.

(٥) "ح": كتاب النكاح ق ١/١٥١ - ب.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٨٥/٣.

(٧) "ح": كتاب النكاح ق ١/١٥١ - ب.

(و) عند أهل الأصول واللغة^(١) (هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد) فحيث جاء في الكتاب أو السنة.....

[١١١٠٥] (قوله: وعند أهل الأصول واللغة إلخ) حاصله: أنَّ ما قَدَّمَهُ^(٢) "المصنّف" معنى عُرِفَ للفقهاء، وما ذكره هنا معناه شرعاً ولغةً؛ لأنَّ أهل الأصول يبحثون عن معنى النصوص الشرعية، فلا تنافي بين كلامي "المصنّف"، قال في "البحر"^(٣): ((قد تساوى في هذا المعنى اللغة والشرع))، أفاده "ط"^(٤).

[١١١٠٦] (قوله: مجاز في العقد) وقيل بالعكس، ونسبهُ الأصوليون إلى "الشافعي" رحمته الله [١/٣/٣]، وقيل: مشترك لفظي فيهما، وقيل: موضوع للضمِّ الصادق بالعقد والوطء، فهو مشترك معنوي، وبه صرح مشايخنا أيضاً، "بحر"^(٥). اهـ "ح"^(٦). والصحيحُ أنه حقيقة في الوطء كما في "شرح التحرير"^(٧).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: وعند أهل الأصول واللغة إلخ، قال الشرنبلالي: اختلف في معناه لغة على أربعة أقوال: الأول: ما ذكره المصنّف وعليه أكثر المشايخ، وقيل: مشترك بين الوطء والعقد اشتراكاً لفظياً، وقيل: حقيقة في اللفظ مجاز في الوطء، ونسبهُ الأصوليون إلى الشافعي، وقيل: حقيقة في الضم، صرح به مشايخنا أيضاً، وقال الكمال: لا منافاة بين كلامهم؛ لأنَّ الوطء من أفراد الضمِّ به، والموضوع للأعم حقيقة في كلِّ فرد من أفراد كائنات في [زيد] فهو من قبيل المشترك المعنوي، انتهى. وعارضه صاحب البحر بما لم يرضه شيخنا رحمه الله تعالى انتهى)). ق ١٤٩ ب.

(٢) "در" ص ٧.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٨٣/٣.

(٤) "ط": كتاب النكاح ٣/٢.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٨٢/٣.

(٦) "ح": كتاب النكاح ق ١٥١ ب.

(٧) "التقرير والتحجير": المقالة الأولى - الفصل الخامس: المفرد باعتبار استعماله ينقسم إلى حقيقة ومجاز. مسألة: يتعين على الخلفية تعين الحقيقة والمجاز إذا أمكن بلا مرجح ٣٢/٢.

مجرداً عن القرائن يُرادُ به الوطءُ كما في ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ
النِّسَاءِ﴾ [النساء - ٢٢]، فتحرمُ مَزْنِيَّةُ الأبِّ على الابنِ بخلافِ ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا
غَيْرَهُ﴾^(١) [البقرة - ٢٣٠]؛ لإِسْنَادِهِ إليها، والمتصوِّرُ منها العَقْدُ لا الوطءُ.....

[١١١٠٧] (قوله: مجرداً عن القرائن) أي: محتيلاً للمعنى الحقيقي والجازي بلا مرجح خارج، وقوله: ((يراد الوطء)) أي: لأن الجواز خلَّف عن الحقيقة، فتزجَّح عليه في نفسها.
[١١١٠٨] (قوله: فتحرم مَزْنِيَّةُ الأبِّ على الابنِ) أي: على فروعه، فتكونُ حرمتُها عليهم ثابتة بالنص، وأمَّا حرمة التي عَقَدَ عليها عَقْدًا صحيحاً عليهم فبالإجماع، ولو قال لزوجته: إن نكحتك فأنت طالقُ تعلقُ بالوطء، وكذا لو أبانها قبل الوطء ثم تزوجها تطلقُ به لا بالعقد بخلاف الأجنبية، فيتعلقُ بالعقد؛ لأنَّ وطئها لمَّا حرَّم عليه شرعاً كانت الحقيقة مهجورة، فتعيَّن الجاز، كذا في "البحر"^(٢) و"التحرير"^(٣) و"شرحه"^(٤).

[١١١٠٩] (قوله: بخلاف) حالٌ من ((ما)) الموصولة في قوله: ((كما))، وقال "ح"^(٥): ((من)^(٦) ﴿وَلَا تَنْكِحُوا﴾))، أي: حال كونه مخالفاً لقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا﴾^(٧)، حيث لم يُرد به الوطء، بل أُريدَ العقد لعدم تجرُّده عن القرائن، بل وجِدَتْ فيه قرينة، وهي استحالة الوطء منها؛ لأنَّ الوطء فعلٌ، وهي مُنْفَعِلَةٌ لا فاعلةٌ، وهو معنى قوله: ((والتصوِّرُ إلخ)).
[١١١١٠] (قوله: لإِسْنَادِهِ إليها) علَّةٌ لما استُفيدَ من المقام من أنَّ المراد العقد، وأمَّا اشتراطُ

(١) ﴿غَيْرَهُ﴾ ليست في "و".

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٨٢/٣.

(٣) "التحرير": الفصل الخامس في تقسيم المفرد إلى حقيقة ومجاز - مسألة يتعيَّن على خلفية الجواز عن الحقيقة ص ١٨٠-١٨١.

(٤) "التقرير والتجوير": ٣٢٢/٢ - ٣٣ بتصرف.

(٥) "ح": كتاب النكاح ١٥١/ب، وهي ساقطة من "الأصل".

(٦) أي: حالٌ من ﴿وَلَا تَنْكِحُوا﴾.

(٧) ((زوجاً)) ليست في "الأصل" و"ب" و"م".

إِلَّا بِمَجَازاً.....

وطءِ المحلل فمأخوذٌ من حديث العُسَيْلَةَ^(١)، "ط"^(٢).

[١١١١] (قوله: إِلَّا بِمَجَازاً) قد يقال: إذا كان لا انفكاكٌ عن المجاز على التقديرين فما المرجح لأحدهما على الآخر؟! اهـ "ح"^(٣)، يعني: أنه إن أُريدَ بالنكاح في الآية الوطء كان مجازاً عقلياً لعدم تصوّر الفعل منها، وإن أُريدَ به العقد كان مجازاً لغوياً؛ لأنه حقيقة الوطء، فحملُ الآية على أحدهما ترجيحٌ بلا مرجح، بل قد يقال: إن حملها على الوطء أنسبُ بالواقع، فإن المطلقة ثلاثاً لا تحلُّ بدونِ وطءِ المحلل، اللهم إلا أن يقال: المرجح كثرة الاستعمال، "ط"^(٤).

أقول: الظاهرُ أنه لا مانعٌ هنا من إرادة كلٍّ منهما، لكنّ كما كان النزاعُ في أن النكاح حقيقة في الوطء أو في العقد، وكان الرَّاجحُ عندنا الأولُ قالوا: إنه في هذه الآية مجازٌ لغويٌّ بمعنى العقد؛ لكونه أصرحَ في الردِّ على القائلِ بأنه حقيقة فيه، ولو قيل: إنه مجازٌ عقليٌّ

(١) أخرجه أحمد ٣٤/٦ - ٣٧ - ٣٨، والبخاري (٢٦٣٩) كتاب الشهادات - باب شهادة المختبئ، و(٥٢٦٠) و(٥٢٦١) كتاب الطلاق - باب من جَوَزَ الطَّلَاقَ الثَّلَاثَ، و(٥٢٦٥) باب من قال لامرأته: أنت عليّ حرام، و(٥٣١٧) باب إذا طلقها ثلاثاً ثم تزوجت بعد العدة زوجاً غيره فلم يمسّها، ومسلم (١٤٣٣) كتاب النكاح - باب لا تحمل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره، وأبو داود (٢٣٠٩) كتاب الطلاق - باب المبتوتة لا يرجع إليها زوجها حتى تنكح غيره، والترمذي (١١١٨) كتاب النكاح - باب ما جاء فيمن يطلق امرأته ثلاثاً فيترجّحها آخر، وقال: حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند عامة أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم، والنسائي ٩٣/٦ كتاب النكاح - باب النكاح الذي تحلُّ به المطلقة ثلاثاً لمطلقها، و١٤٦/٦ - ١٤٧ - ١٤٨، وابن ماجه (١٩٣٢) كتاب النكاح - باب الرجل يطلق امرأته ثلاثاً فتتزوج فيطلقها قبل أن يدخل بها، أترجع إلى الأول؟ والدارمي ٦٠٢/٢ كتاب الطلاق - باب ما يُحلُّ المرأةً لزوجها الذي طلقها فيثبّط طلاقها. كلهم من حديث عائشة رضي الله عنها مرفوعاً، وفي الباب عن ابن عمر، وأنس، وأبي هريرة، والرُّمَيْضاء. وسيأتي ص ٤٠٦..

(٢) "ط": كتاب النكاح ٤/٢.

(٣) "ح": كتاب النكاح ق ١٥١/ب.

(٤) "ط": كتاب النكاح ٤/٢.

(ويكون واجباً عند التوقان).....

في الإسناد لصح أيضاً كما يصح في قولك: جرى النهر أن تجعله من المجاز في الإسناد، ولكن المشهور أنه مجاز لغوي بعلاقة الحال^(١) [٣/٣ق/ب] والمحلية، على أنه ليس في كلام "الشارح" ما يمنع ذلك؛ لأن قول: ((والمتصور منها العقد لا الوطء إلا مجازاً)) يمكن حمله أيضاً على أنه مجاز في الإسناد بقريته قوله: ((إسناده إليها))، أي: أنه من إسناد الشيء إلى غير من هو له، وقوله: ((والمتصور إلخ)) بيان لكون إسناده إليها غير حقيقي، فانهم.

[١١١١٢] (قوله: عند التوقان) مصدر تأقت نفسه إلى كذا إذا اشتاقت، من باب طلب، "بجر"^(١) عن "المغرب"^(٢). وهو بالفتحات الثلاث كالميلان والسيلان، والمراد شدة الاشتياق كما في "الزيلعي"^(٣)، أي: بحيث يخاف الوقوع في الزنا لو لم يتزوج؛ إذ لا يلزم من الاشتياق إلى الجماع الخوف المذكور، "بجر"^(٤).

قلت: وكذا - فيما يظهر - لو كان لا يمكنه منع نفسه عن النظر المحرم أو عن الاستملاء^(٥)

(قوله: على أنه ليس في كلام "الشارح" ما يمنع ذلك إلخ) فيما قاله تأمل؛ وذلك أن "الشارح" جزم بأن المراد به في الآية الأولى الوطء، وقال: إنها مخالفة لما في الآية الثانية أي: حيث أريد به العقد للقرينة المذكورة فهو جازم بأنه فيها معنى العقد وإلا لم يكن بين الآيتين مخالفة. وعلى تقدير أن المراد به فيها الوطء لا يكون بينهما مخالفة بل غاية ما في الباب أنه تجوز في الآية الثانية في إسناده إليها، فهو في كل منهما مستعمل في حقيقته، وإسناده إليها في الثانية مجاز.

(قوله: وكذا فيما يظهر لو كان لا يمكنه منع نفسه إلخ) الظاهر أنه في هذه الصورة يكون فرضاً، وصورة الوجوب ما لو خاف الوقوع في النظر المحرم إلخ، تأمل.

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٦/٣.

(٢) "المغرب": مادة (توق).

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ٩٥/٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٨٦/٣.

(٥) في "٣": ((الاستمتاع)).

فَإِنْ تَيَقَّنَ الزَّوْنَا إِلَّا بِهِ فُرِضَ، "نهاية". وهذا إِنْ مَلَكَ المَهْرَ وَالنَّفَقَةَ، وَإِلَّا فَلَا إِثْمَ بِتَرْكِهِ، "بدائع"^(١).....

بالكف، فيجبُ التَّزْوُجُ وَإِنْ لَمْ يَخَفِ الْوُقُوعُ فِي الزَّوْنَا.

[١١١١٣] (قوله: فَإِنْ تَيَقَّنَ الزَّوْنَا إِلَّا بِهِ فُرِضَ) أي: بَأَنَّ كَانَ لَا يُمْكِنُهُ الْاحْتِرَازُ عَنِ الزَّوْنَا إِلَّا بِهِ؛ لِأَنَّ مَا لَا يُتَوَصَّلُ إِلَى تَرْكِ الْحَرَامِ إِلَّا بِهِ يَكُونُ فُرْضًا، "بحر"^(٢). وفيه نظير؛ إِذِ التَّرَكُّ قَدْ يَكُونُ بغيرِ النِّكَاحِ وَهُوَ التَّسَرُّي، وَحِينَئِذٍ فَلَا يَلْزَمُ وَجُوبُهُ إِلَّا لَوْ فُرِضَتِ الْمَسْأَلَةُ بِأَنَّهُ لَيْسَ قَادِرًا عَلَيْهِ، "نهر"^(٣). لَكِنْ قَوْلُهُ: ((لَا يُمْكِنُهُ الْاحْتِرَازُ عَنْهُ إِلَّا بِهِ)) ظَاهِرٌ فِي فُرْضِ الْمَسْأَلَةِ فِي عَدَمِ قُدْرَتِهِ عَلَى التَّسَرُّي، وَكَذَا فِي عَدَمِ قُدْرَتِهِ عَلَى الصَّوْمِ الْمَانِعِ مِنَ الْوُقُوعِ فِي الزَّوْنَا، فَلَوْ قَدَّرَ عَلَى شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ لَمْ يَتَّقِ النِّكَاحُ فُرْضًا أَوْ وَاجِبًا عَيْنًا، بَلْ هُوَ أَوْ غَيْرُهُ مِمَّا يَمْنَعُهُ مِنَ الْوُقُوعِ فِي الْحَرَمِ.

[١١١١٤] (قوله: وهذا إِنْ مَلَكَ المَهْرَ وَالنَّفَقَةَ) هَذَا الشَّرْطُ رَاجِعٌ إِلَى الْقَسَمَيْنِ، أَعْنِي: الْوَاجِبَ

(قول "الشارح": وَإِلَّا فَلَا إِثْمَ بِتَرْكِهِ (إِلْح) ذَكَرَ "السُّنْدِيُّ" - بَعْدَ قَوْلِهِ: وَإِلَّا فَلَا إِثْمَ بِتَرْكِهِ - مَا نَصَّهُ: ((وَأَمَّا مَا وَرَدَ: «حَقٌّ عَلَى اللَّهِ عَوْنُ النَّكَاحِ الَّذِي يُرِيدُ الْعَفَافَ»، وَوَرَدَ أَيْضًا: «تَتِمُّسُوا الرِّزْقَ بِالنِّكَاحِ» فَإِنَّمَا ذَلِكَ فِي حَقِّ الْمُتَوَكِّلِينَ لَا يُخَاطَبُ بِهِ عَامَّةُ النَّاسِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَخْتَلُ مَعَهُ شَرْطٌ فَلَا يَحْصُلُ لَهُ الْمَطْلُوبُ، أَلَا تَرَى أَنَّ الصَّحَابَةَ كَانُوا يَتَضَرَّرُونَ مِنَ الْعُزُوبَةِ، وَكَانُوا يَسْتَأْذِنُونَ فِي الْإِخْتِصَاءِ فَلَمْ يُؤْذَنْ لَهُمْ، وَمَعَ ذَلِكَ لَمْ يَأْمُرْهُمْ بِالتَّزْوُجِ مَعَ الْعَجْزِ عَنِ الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ بَلْ مَا زَالَ يَأْمُرُهُمُ بِالصَّبْرِ وَجِهَادِ أَنْفُسِهِمْ. وَأَمَّا قَوْلُ "الشارح" - فِيمَا سَبَقَتْ -: ((إِنَّهُ يُنْدَبُ لَهُ الْاِسْتِدَانَةُ)) فَلَا يُرَادُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ يَسْتَدِينُ مَعَ الْفَقْرِ بَلِ الْمَقْصُودُ أَنَّ يَسْتَدِينُ مَعَ الْاِقْتِدَارِ لِيَفُوزَ بِالْإِعَانَةِ مِنْهُ تَعَالَى، وَيَكُونُ طَلَبًا بِالْفِعْلِ فَلَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى أَنَّهُ يَجِبُ أَوْ يُفَرِّضُ مَعَ الْعَجْزِ، ثُمَّ قَالَ بَعْضُهُمْ: إِذَا كَانَتْ الْاِسْتِدَانَةُ مَدْبُوبَةً عِنْدَ أَمْنِهِ مِنَ الْوُقُوعِ فِي الزَّوْنَا يَنْبَغِي وَجُوبُهَا عِنْدَ تَيَقُّنِ الزَّوْنَا بَلْ يَنْبَغِي وَجُوبُهَا حِينَئِذٍ وَإِنْ لَمْ يَغْلِبْ عَلَى ظَنِّهِ قُدْرَةُ الْوَفَاءِ (اه)).

(١) "البدائع": كتاب النكاح ٢/٢٢٨.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٦.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ١/١٦١ ب، ١/١٦٢.

والفرض، وزاد في "البحر"^(١) شرطاً آخرَ فيهما، وهو عدمُ خوف الجور، أي: الظلم، قال: ((فإنَّ تعارضَ خوفِ الوقوعِ في الزَّنا لو لم يتزوّجْ وخوفُ الجورِ لو تزوّجَ قُدِّمَ الثاني، فلا افتراض، بل يكره، أفاده "الكمال" في "الفتح"^(٢)، ولعلّه لأنَّ الجورَ معصيةٌ متعلّقةٌ بالعباد، والمنعُ من الزَّنا من حقوقِ الله تعالى، وحقُّ العبدِ مقدّمٌ عند التعارض؛ لاحتياجهِ وغنى المولى تعالى)) اهـ.

قلت: ومقتضاهُ الكراهةُ أيضاً عند عدمِ ملكِ المهرِ والنَّفقة؛ لأنَّهما حقُّ عبدٍ أيضاً وإنَّ خافَ الزَّنا، لكنَّ يأتي أَنَّهُ يُندَبُ الاستدانةُ له، قال في "البحر"^(٣): ((فإنَّ اللهَ ضامنٌ بهِ الأداء، فلا يخافُ الفقرَ إذا كان مِن نَبْتِهِ التَّحْصِينُ والتَّعْفُفُ)) اهـ.

ومقتضاهُ أَنَّهُ يجبُ إذا خافَ الزَّنا وإن لم يملكِ المهرَ إذا قَدَّرَ على استدانتهِ، وهذا منافيٌ للاشتراط المذكور، [٣/٤٠٤] إلاَّ أَن يُقالَ: الشَّرْطُ مِلْكُ كُلِّ مَن^(٤) المهرِ والنَّفقةِ ولو بالاستدانة، أو يقال: هذا في العاجزِ عن الكسبِ ومَن ليس له جهةٌ وفاءٍ، وقَدِّمَ "الشارح"^(٥) في أوَّلِ الحجِّ: ((أَنَّهُ لو لم يَحُجَّ حَتَّى أَتْلَفَ مالَهُ وَسِعَهُ أَنْ يَسْتَقْرِضَ وَيَحُجَّ ولو غيرَ قادرٍ على وفائِهِ، وَبُحِرَى أَنْ لَا يُؤَاخِذَهُ اللهُ تعالى بذلك، أي: لو ناوياً وفاءَهُ لو قَدَّرَ كما قَيَّدَهُ في "الظهيرية"^(٦))) اهـ.

وقدَّمنا^(٧) أَنَّ المراد عدمُ قدرتهِ على الوفاءِ في الحال مع غلبةِ ظَنِّهِ أَنَّهُ لو اجتهَدَ قَدَّرَ، وإلاَّ فالأفضلُ عدمُهُ، وينبغي حملُ ما ذُكِرَ من نَدْبِ الاستدانةِ على ما ذكرنا من ظَنِّهِ القُدرةَ

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٤/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٠/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٨٦/٣ نقلاً عن "فتاوى العلامي".

(٤) ((كل من)) ليست في "٣".

(٥) "در" ٤٦١/٦.

(٦) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الأول فيمن يجبُ عليه الحجُّ ومَن لا يجبُ ق ٦٣/١.

(٧) المقولة [٩٥٦٩] قوله: ((وسعه أن يستقرض إلخ)).

(و) يَكُونُ (سُنَّةً) مُؤَكَّدَةً فِي الْأَصَحِّ،

على الوفاء، وحينئذٍ فإذا كانت مندوبةً عند أَمْرِهِ من الوقوع في الزَّنا ينبغي وجوبها عند تيقُّن الزَّنا، بل ينبغي وجوبها حينئذٍ وإن لم يَغْلِبْ على ظَنِّه قدرةُ الوفاء، تأمَّل.

مطلب: كثيراً ما يُتساهَلُ في إطلاقِ المستحبِّ على السُّنَّةِ

[١١١١٥] (قوله: سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ فِي الْأَصَحِّ) وهو محمَلُ القولِ بالاستحباب، وكثيراً ما يُتساهَلُ في إطلاقِ المستحبِّ على السُّنَّةِ، وقيل: فرضُ كفاية، وقيل: واجبُ كفاية، وتأمُّله في "الفتح" (١)، وقيل: واجبٌ عيناً، ورجَّحه في "النهر" (٢) كما يأتي (٣)، قال في "البحر" (٤): ((ودليلُ السُّنَّةِ حالةُ الاعتدالِ الاقتداءً بِمَحَالِهِ ﷺ فِي نَفْسِهِ، وَرَدُّهُ عَلَى مَنْ أَرَادَ مِنْ أَمْرِهِ التَّخَلِّيَ لِلْعِبَادَةِ كَمَا فِي "الصَّحِيحِينَ" (٥) رَدّاً بَلِيغاً بقوله: «فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي»

(قوله: ودليلُ السُّنَّةِ حالةُ الاعتدالِ الاقتداءً بِمَحَالِهِ ﷺ إلخ) ودليلُ كونه فرضَ كفايةٍ قوله تعالى: ﴿فَأَنذَرْتُكُمْ مَّا طَابَ﴾ الآية. وقوله عليه السلام: «تَنَاقَضُوا تَنَاقَضُوا» الحديث، فإنَّ المطلوبَ يحصلُ بفعل البعض؛ وذلك أنَّ المقصودَ تكثيرُ المسلمين وعدمُ انقطاعهم، ولذا صرَّح في الحديث بالعلَّة بقوله: «فَإِنِّي مُكَاثِّرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ» وهذا يحصلُ بفعل البعض. والقائلُ بكونه واجبَ كفايةٍ يقولُ: إِنَّ الْآيَةَ لَمْ تُسَقِّ إِلَّا لِبَيَانِ الْعَدَدِ الْمُحْتَمَلِ فَلَمْ يَتَّقِ إِلَّا خَيْرَ الْوَاحِدِ، وهو إنما يفيدُ الوجوبَ كفايةً لِمَا عَلِمْتَ مِنْ حُصُولِ الْمَقْصُودِ بِفِعْلِ الْبَعْضِ.

(١) "الفتح": كتاب النكاح ١٠١/٣.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦١/ب.

(٣) "در" ص ٢٢-.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٨٦/٣.

(٥) أخرجه البخاري (٥٠٦٣) كتاب النكاح - باب الترغيب في النكاح، ومسلم (١٤٠١) كتاب النكاح - باب

استحباب النكاح لمن تأتت نفسه إليه، وأحمد ٢٤١/٣، والنسائي ٦٠/٦ كتاب النكاح باب النهي عن التبتل، =

فَيَأْتُمُ بَرْكِهِ، وَيُثَابُ إِنْ نَوَى تَحْصِينَ وَوَلَدًا (حَالِ الْعَدَالِ) أَي: الْقُدْرَةِ عَلَى وَطْءٍ وَمَهْرٍ وَنَفَقَةٍ، وَرَجَّحَ فِي "النَّهْرِ"^(١) وَجُوبَهُ.....

كما أوضحه في "الفتح"^(٢) اهـ. وهو أفضل من الاشتغال بتعليم وتعليم كما في "درر البحار"^(٣)، وقدمنا^(٤) أنه أفضل من التحلي للتوافل.

[١١١١٦] (قوله: فَيَأْتُمُ بَرْكِهِ) لَأَنَّ الصَّحِيحَ أَنَّ تَرْكَ الْمُؤَكَّدَةِ مُؤْتَمٌّ كَمَا عَلِمَ فِي الصَّلَاةِ، "بِحَرْ" ^(٥). وقدمنا^(٦) في سنن الصلاة: أَنَّ الْلاحِقَ بِتَرْكِهَا إِثْمٌ يَسِيرٌ، وَأَنَّ الْمُرَادَ التَّرْكَ مَعَ الْإِصْرَارِ، وَبِهَذَا فَارْقَتِ الْمُؤَكَّدَةُ الْوَاجِبَ وَإِنْ كَانَ مُقْتَضَى كَلَامِ "الْبِدَائِعِ"^(٧) فِي الْإِمَامَةِ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا إِلَّا فِي الْعِبَارَةِ.

[١١١١٧] (قوله: وَيُثَابُ إِنْ نَوَى تَحْصِينَ) أَي: مُنَعَ نَفْسِهِ وَنَفْسِهَا عَنِ الْحَرَامِ، وَكَذَا لَوْ نَوَى جَمْرَدَ الْإِتْبَاعِ وَامْتِثَالَ الْأَمْرِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ نَوَى جَمْرَدَ قَضَاءِ الشَّهْوَةِ وَاللَّذَّةِ.

[١١١١٨] (قوله: أَي: الْقُدْرَةِ عَلَى وَطْءٍ) أَي: الْعَدَالَةُ فِي التَّوْقَانِ أَنْ لَا يَكُونَ بِالْمَعْنَى

= وابن حبان (١٤) المقدمة - باب الاعتصام بالسنة، و(٣١٧) كتاب البر والإحسان - باب ما جاء في الطاعات وثوابها، والبغوي في "شرح السنة" (٩٦)، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٧٧/٧ كتاب النكاح - باب الرغبة في النكاح.

كلهم من حديث أنس مرفوعاً، وهو جزء من حديث طويل أوله: ((ما بال أقوام قالوا: كلنا وكذا لكني أصوم وأفطر...)) وقال الحافظ ابن حجر في "الفتح" ١٠٥/٩: المراد بالسنة الطريقة، لا التي تقابل الفرض، والمراد: من ترك طريقي وأخذ بطريقة غيري فليس مني، ولم بذلك إلى طريق الرهبانية، فإنهم الذين ابتدعوا التشديد كما وصفهم الله تعالى، وقد عابهم بأنهم ما وقوا بما التزموه، وطريقة النبي ﷺ الخفيفة السمحة، فيفطر ليتقوى على الصوم، وينام ليتقوى على القيام، ويتزوج لكسر الشهوة وإعفاف النفس وتكثير النسل.

(١) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦١/ب.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١٠١/٣.

(٣) انظر "غرر الأذكار": كتاب النكاح ق ١٨٩/ب.

(٤) بداية الكتاب صـ.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٨٦/٣.

(٦) المقولة [٤٠٣٧] قوله: ((وقالوا إلخ)).

(٧) "البدائع": كتاب الصلاة - فصل: وأما بيان ما يجب على السامعين عند الأذان ١٥٥/١.

للمواظبة عليه والإنكار على مَنْ رَغِبَ عنه.

(ومكروهاً لخوفِ الجَوْرِ) فَإِنْ تَيَقَّنَهُ حَرَّمَ ذَلِكَ^(١).....

المار^(٢) في الواجب والفرض، وهو شدة الاشتياق، وأن لا يكون في غاية الفتور كالعتين، ولذا فسرهُ في "شرحه" على "الملتقى"^(٣): ((بأن يكون بين الفتور والشوق))، وزاد المهر والنفقة لأن العجز عنهما يسقط الفرض، فيسقط السنّة بالأولى، وفي "البحر"^(٤): ((والمراد حالة القدرة [٣/٤٠٤] على الوطء والمهر والنفقة مع عدم الخوف من الزنا والجور وترك الفرائض والسنن، فلو لم يقدر على واحدٍ من الثلاث، أو خاف واحداً من الثلاثة - أي: الأخيرة - فليس معتدلاً، فلا يكون سنة في حقه كما أفاده في "البدائع"^(٥)) اهـ.

[١١١١٩] (قوله: للمواظبة عليه والإنكار إلخ) فإن المواظبة المقترنة بالإنكار على الترك دليل الوجوب، وأجاب "الرحمي": ((بأن الحديث ليس فيه الإنكار على التارك بل على الرأغب عنه، ولا شك أن الرأغب عن السنّة محل الإنكار)).

[١١١٢٠] (قوله: ومكروهاً) أي: تحريماً، "بحر"^(٦).

[١١١٢١] (قوله: فإن تيقنه أي: تيقن الجور ((حرم))؛ لأن النكاح إنما شرع لمصلحة تحصيل النفس وتحصيل الثواب، وبالجور يأثم ويرتكب المحرمات، فتتعذر المصالح لرجحان هذه المفاسد، "بحر"^(٧). وترك "الشارح" قسماً سادساً ذكره في "البحر"^(٨) عن "المتجني"،

(١) ((ذلك)) ليست في "د" و "و".

(٢) المقولة [١١١١٢] قوله: ((عند التوقان)) وما بعدها.

(٣) "الدر المنقى": كتاب النكاح ٣١٦/١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٨٦/٣، بتوضيح من ابن عابدين رحمه الله.

(٥) "البدائع": كتاب النكاح ٢٢٨/٢ - ٢٢٩.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٨٤/٣.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ٨٤/٣، وعبارته: ((لمصلحة من تحصيل)).

(٨) "البحر": كتاب النكاح ٨٤/٣ - ٨٥ بتصرف يسير.

وهو ((الإباحة إن خاف العجز عن الإيفاء بموجبه^(١))) اهـ. أي: خوفاً غير راجح، وإلا كان مكروهاً تحريماً؛ لأنَّ عدم الجور من موجبه.

والظاهر: أنه إذا لم يقصد إقامة السنة، بل قصد مجرد التوصل إلى قضاء الشهوة ولم يخف شيئاً لم يُشَبَّ عليه؛ إذ لا ثواب إلا بالنية، فيكون مباحاً أيضاً كالوطء لقضاء الشهوة، لكنَّ لَمَّا قيل له ﷺ: إنَّ أحدنا يقضي شهوته فكيف يُثاب؟! فقال ﷺ: ما معناه: «أرأيت لو وضعها في محرِّمٍ أما كان يُعاقب؟»^(٢) فيفيد^(٣) الثَّواب مطلقاً، إلا أن يقال: المراد في الحديث قضاء الشهوة لأجل تحصين النفس، وقد صرَّح في "الأشباه"^(٤): «(بأنَّ النكاح سنة مؤكدة، فيحتاج إلى النية)،

(قوله: لأنَّ عدم الجور من موجبه^(٥)) (إلخ) أي وقد قلنا: إنه إذا خاف الجور يُكره فيكون باقي المواجه كذلك، لكن قد يقال: لا يُحكم على الأعمِّ بحكم الفرد الخاصِّ لاحتمال وجود فرقٍ بينه وبين باقي الأفراد خصوصاً إذا كانت حقوقه تعالى، تأمل.

(١) في "الأصل" و"ت" و"ب": ((مواجهه))، وكذا نسختنا "البحر" المخطوطة والمطبوعة، وما أثبتناه من "م" هو الصواب الموافق لقواعد العربية.

(٢) أخرجه أحمد ١٦٧/٥-١٧٨، ومسلم (١٠٠٦) كتاب الزكاة - باب الصدقة في كلِّ معروف، والبخاري في "الأدب" (٢٢٧)، وأبو داود (١٢٨٦) كتاب الصلاة - باب الضحى، والنسائي في "الكبرى" (٩٠٢٨) كتاب عشرة النساء، وصححه ابن حبان (٨٣٨) كلهم من طريق يحيى بن يعمر عن أبي الأسود عن أبي ذر مرفوعاً، وقد أخرج أصل الحديث غيرهم من الطريق نفسها، وأخرجه أحمد ١٥٤/٥، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٢٨٠/٦ من طريق أبي البخري عن أبي ذر مرفوعاً، ولم يسمع منه.

وأخرجه أحمد ١٦٩/٥، والنسائي في "الكبرى" (٩٠٢٧) عن أبي سلام مخطوطة عن أبي ذر مرفوعاً، وفي هذه الرواية تعليل إثابة الرجل في مباذعة أهله فلتراجع، وبقية الروايات عن أبي ذر ليس فيها ذكر هذه الزيادة.

(٣) في "الأصل" و"ت" و"ب": ((يفيد)).

(٤) "الأشباه والنظائر": الفن الأول - القواعد الكلية - القاعدة الأولى: لا ثواب إلا بالنية ص ١٨ - بتوضيح من ابن عابدين رحمه الله.

(٥) انظر التعليق (١) من هذه الصحيفة.

وَيُنْدَبُ إِعْلَانُهُ، وَتَقْدِيمُ خُطْبَتِهِ،.....

وأشار بالفاء إلى توقّف كونه سنةً على النية، ثم قال: ((وأما المباحات فتختلفُ صفتُها باعتبار ما قصِدَتْ لأجلِهِ، فإذا قصِدَ بها التَّقْوَى على الطّاعات أو التَّوَصُّلُ إِلَيْهَا كانت عبادةً كالأكْلِ والنَّوْمِ واكتسابِ المالِ والوطءِ)) اهـ.

ثم رأيتُ في "الفتح"^(١) قال: ((وقد ذكرنا أنه إذا لم يَقَرَّنْ بنيةً كان مباحاً؛ لأنَّ المقصود منه حينئذٍ مجردُ قضاءِ الشهوة، ومبنى العبادة على خلافِهِ، وأقول: بل فيه فضلٌ من جهة أنه كان متمكناً من قضائها بغير^(٢) الطَّرِيقِ المشروع، فالعدولُ إليه مع ما يَعْلَمُهُ من أنه قد يَسْتَلْزِمُ أثْقَالاً فيه قصدُ تركِ المعصية)) اهـ.

[١١١٢٢] (قوله: وَيُنْدَبُ إِعْلَانُهُ) أي: إظهارُهُ، والضَّمِيرُ راجعٌ إلى النِّكاحِ، بمعنى العقد؛ لحديث "الترمذي"^(٣): «أَعْلَنُوا هَذَا النِّكاحَ، واجعلوه^(٤) في المساجد، واضربوا [٥/٣/٣] عليه بالدُّوْفِ»، "فتح"^(٥).

٢٦١/٢

[١١١٢٣] (قوله: وَتَقْدِيمُ خُطْبَتِهِ) بضمّ الخاء: ما يُذَكَّرُ قبل إجراءِ العقد من الحمدِ والتَّشْهيدِ، وأما بكسرِها فهي طلبُ التَّروُّجِ، وأطلق الخطبةَ فأفادَ أنها لا تتعَيَّنُ بألفاظٍ مخصوصةٍ،

(١) "الفتح": كتاب النكاح ١٠١/٣ - ١٠٢.

(٢) ((كان متمكناً من قضائها بغير)) ساقط من "٣".

(٣) أخرجه الترمذي (١٠٨٩) كتاب النكاح - باب إعلان النكاح، والبيهقي ٢٩٠/٥ من طريق عيسى بن ميمون عن القاسم عن عائشة مرفوعاً، وقال الترمذي: غريب حسن، وعيسى بن ميمون الأنصاري يضعف في الحديث. وقد أنكر الحفاظ على عيسى هذا الحديث، قال البخاري: منكر الحديث.

وأخرجه ابن ماجه (١٨٩٥) كتاب النكاح - باب إعلان النكاح، وسعيد بن منصور (٦٣٥) نكاح السر، وأبو نعيم في "الحلية" ٢٦٥/٣ وغيرهم. كلهم من طريق خالد بن إلياس - مزيك - عن ربيعة الرأي عن القاسم عن عائشة نحوه، وأخرجه ابن أبي حاتم في "العلل" ٤٢٥/٢ عن العتبي عن خالد عن القاسم، به، وقال: الصحيح هذا. وخالد اتفقوا على تضعيفه.

أما الأمر بإعلان النكاح فقد أخرجه أحمد ٥/٤، وصححه ابن حبان (٤٠٦٦)، وغيرهم عن عامر بن عبد الله بن الزبير عن أبيه مرفوعاً، وله شاهد من حديث محمد بن حاطب سيأتي ص ٣٠، وآخر عند الطبراني عن السائب بن يزيد وهب بن الأسود فليراجع.

(٤) في "م": ((واجعلوه))، وهو تحريف.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٢/٣.

وكونه في مسجد يوم الجمعة.....

وإن خُطِبَ بما وردَ فهو أحسنُ، ومنه ما ذكره "ط"^(١) عن صاحب "الحصن الحصين"^(٢) من لفظه عليه الصلاة والسلام^(٣)، وهو: «الحمد لله حمده، ونستعين به ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهدي الله فلا مضلَّ له، ومن يُضِلَّ فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله. ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ﴾ إلى ﴿رَقِيبًا﴾ [النساء-١]، ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ [آل عمران-١٠٢]، ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾ إلى قوله: ﴿عَظِيمًا﴾ [الأحزاب-٧٠، ٧١] اهـ.

[١١١٢٤] (قوله: في مسجد) للأمر به في الحديث^(٤)، "ط"^(٥).

[١١١٢٥] (قوله: يوم الجمعة) أي: وكونه يوم الجمعة، "فتح"^(٦).

(تنبيه)

قال في "البرازية"^(٧): ((والبناء^(٨)) والنكاح بين العيدين جائز، وكرة الزفاف، والمختار

(١) "ط": كتاب النكاح ٥/٢.

(٢) "الحصن الحصين من كلام سيد المرسلين": ص ٢٠، لأبي محمد محمد بن محمد بن علي، شمس الدين، الشهير بابن الجزري الدمشقي، ثم الشيرازي الشافعي (ت ٨٣٣هـ). ("كشف الظنون" ١/٦٦٩، "غاية النهاية" ٢/٢٤٧، "الضوء اللامع" ٩/٢٥٥).

(٣) أخرجه أبو داود (٢١١٨) كتاب النكاح - باب خطبة النكاح، والترمذي (١١٠٥) كتاب النكاح - باب ما جاء في خطبة النكاح، وقال: حديث عبد الله حديث حسن، وابن ماجه (١٨٩٢) كتاب النكاح - باب خطبة النكاح، والنسائي ٨٩/٦ كتاب النكاح - باب ما يستحب من الكلام عند النكاح، وفي "عمل اليوم والليلة" (٤٨٨) و (٤٨٩) و (٤٩٣). كلهم من حديث أبي إسحاق وأبي عبيدة وأبي الأحوص عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه مرفوعاً. وأخرجه أبو داود (٢١١٩) عن أبي عياض - مجهول - عن ابن مسعود فذكره مرفوعاً.

(٤) تقدم ترجمه ص ٢٠٠.

(٥) "ط": كتاب النكاح ٥/٢.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٠٢.

(٧) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثامن عشر في الحظر والإباحة - (نوع آخر) ٤/١٥٥ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) ((البناء)) ساقطة من "الأصل" و"آ"، وفي "ب": ((البنى)).

بعاقده رشيد، وشهود عُدُول، والاستدانة له،.....

أنه لا يكره؛ لأنه عليه الصلاة والسلام تزوج به "الصَّديقة" في سؤال وبني بها فيه^(١)، وتأويل قوله عليه السلام: «(لا نكاح بين العيدين)»^(٢) - إن صحَّ - أنه عليه السلام^(٣) كان رجَعَ عن صلاة العيد في أقصر أيام الشتاء يوم الجمعة، فقال له حتى لا يفوته الرواح في الوقت الأفضل إلى الجمعة)) اهـ.

[١١١٢٦] (قوله: بعاقده رشيد وشهود عُدُول) فلا ينبغي أن يعقد مع المرأة بلا أحدٍ من عَصَبَاتِهَا^(٤)، ولا مع عَصْبَةٍ فاسقٍ، ولا عند شهودٍ غير عُدُولٍ خروجاً من خلاف الإمام "الشافعي".

[١١١٢٧] (قوله: والاستدانة له) لأنَّ ضمان ذلك على الله تعالى، فقد رَوَى "الترمذي" و"النسائي" و"ابن ماجه": «(ثلاث حق على الله تعالى عونُهم: المكاتب الذي يريد الأداء، والنَّاكح الذي يريد^(٥) العفاف، والمجاهد في سبيل الله تعالى)»،^(٦) ذكره بعض المحشِّين،

(قوله: فلا ينبغي أن يعقد مع المرأة بلا أحدٍ إلخ) هذه المسألة مماثلة لما ذكره "الشارح" في الحكم غير داخلٍ فيه.

(١) أخرجه أحمد ٥٤/٦، ٢٠٦، ومسلم (١٤٢٣) كتاب النكاح - باب التَّزْوَج في شوال، والترمذي (١٠٩٣) كتاب النكاح - باب ما جاء في الأوقات التي يستحب فيها النكاح، وقال: هذا حديث حسن صحيح، والنسائي ٧٠/٦ كتاب النكاح - باب التَّزْوَج في شوال و١٣١/٦ باب البناء في شوال، وابن ماجه (١٩٩٠) كتاب النكاح - باب متى يستحب البناء بالنساء؟ والدارمي (٢٢١٧) كتاب النكاح - باب البناء في شوال، وعبد بن حميد (١٥٠٨) وغيرهم. كلُّهم من حديث عروة عن عائشة رضي الله عنها.

(٢) لم نثر على تخريجه فيما بين أيدينا من المصادر الحديثية.

(٣) من ((لا نكاح)) إلى ((السلام)) ساقط من "الأصل".

(٤) "ب" و"م": ((عصباتها)).

(٥) ((الأداء والنَّاكح الذي يريد)) ساقط من "أ".

(٦) أخرجه أحمد ٢٥١/٢، والترمذي (١٦٥٥) كتاب الجهاد - باب ما جاء في الجهاد والنَّاكح، وحسنه، والنسائي -

وَالنَّظَرُ إِلَيْهَا قَبْلَهُ، وَكَوْنُهَا دُونَهُ سِنًا وَحَسْبًا وَعِزًّا وَمَالًا، وَفَوْقَهُ خُلُقًا وَأَدْبًا وَوَرَعًا وَجَمَالًا...

وتقدّم^(١) تمام الكلام على ذلك.

[١١١٢٨] (قوله): وَالنَّظَرُ إِلَيْهَا قَبْلَهُ أَي: وَإِنْ خَافَ الشَّهْوَةَ كَمَا صَرَّحُوا بِهِ فِي الْحَظَرِ وَالْإِبَاحَةِ، وَهَذَا إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ يُجَابُ فِي نِكَاحِهَا.

[١١١٢٩] (قوله): دُونَهُ سِنًا لثَلَا يُسْرَعَ عُقْمُهَا فَلَا تَلِدَ.

[١١١٣٠] (قوله): وَحَسْبًا هُوَ مَا تَعُدُّهُ مِنْ مَفَاحِرِ آبَائِكَ، "ح"^(٢) عَنْ "الْقَامُوسِ"^(٣)،

أَي: بَأَنَّ يَكُونُ الْأَصُولُ أَصْحَابَ شَرَفٍ وَكَرَمٍ وَدَيَانَةٍ؛ لِأَنَّهَا إِذَا كَانَتْ دُونَهُ فِي ذَلِكَ - وَكَذَا فِي الْعِزِّ، أَي: الْجَاهِ وَالرَّفْعَةِ وَفِي الْمَالِ - تَنْقَادُ لَهُ وَلَا تَحْتَقِرُهُ، وَإِلَّا تَرَفَعَتْ عَلَيْهِ، وَفِي "الْفَتْحِ"^(٤):

((رَوَى "الطَّبْرَانِيُّ" [٣/٥٠٣] عَنْ "أَنْسٍ" عَنْهُ ﷺ: «مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لِعِزِّهَا لَمْ يَزِدْهُ اللَّهُ إِلَّا ذُلًّا، وَمَنْ تَزَوَّجَهَا لِمَالِهَا لَمْ يَزِدْهُ اللَّهُ إِلَّا فَقْرًا، وَمَنْ تَزَوَّجَهَا لِحَسْبِهَا لَمْ يَزِدْهُ اللَّهُ إِلَّا دِنَاءَةً، وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لَمْ يُرِدْ بِهَا إِلَّا أَنْ يَغْضَّ بَصْرَهُ وَيُحْصِنَ فَرْجَهُ أَوْ يَصِلَ رَجْمُهُ بَارِكَ اللَّهُ لَهُ فِيهَا وَبَارَكَ لَهَا فِيهِ»^(٥))).

- ٦١/٦ كتاب الجهاد - باب معونة الله النَّاجح يريد العفاف، وفي "الكبرى" (٤٣٢٨)، وابن ماجه (٢٥٨١) كتاب العتق - باب المكاتب، وابن أبي عاصم في الجهاد (٨٣)، وعبد الرزاق (٩٥٤٢)، وأبو يعلى (٦٥٣٥) وصححه ابن حبان (٤٣٠) والحاكم ٢١٧، ١٦٠/٢ وقال على شرط مسلم، والبيهقي ٧٨/٧ كتاب النكاح - باب الرغبة فيه كلهم من طريق محمد بن عجلان عن سعيد المقبري عن أبي هريرة مرفوعاً، وقد صرح ابن عجلان بسماعه من سعيد في رواية يحيى القطان، وراه أبو معشر نجيح - ضعيف - عن سعيد به موقوفاً عند عبد الرزاق وقال الدارقطني في "العلل" ٣٥١/١٠: وَقَعَهُ خَالِدٌ عَنْ ابْنِ عَجْلَانَ وَرَفَعَهُ صَحِيحٌ.

(١) الموقلة [١١١١٤] قوله: ((وهذا إن ملك المهر والنفقة)).

(٢) "ح": كتاب النكاح ق ١٥١/ب.

(٣) "القاموس": مادة ((حسب)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٢/٣.

(٥) أخرجه الطبراني في "الأوسط" (٢٣٦٣)، وابن حبان في "الضعفاء" ١٥١/٢، وأبو نعيم في "الحلية" ٢٤٥/٥، وابن الجوزي في "الموضوعات" ٢٥٨/٢، وذكره ابن طولون في "الشذرة في الأحاديث المشتهرة" (٩٣٨)، كلهم من حديث عبد السلام ابن عبد القدوس عن إبراهيم بن أبي عيلة عن أنس ﷺ مرفوعاً، قال أبو نعيم: غريب من حديث إبراهيم تفرد به عبد السلام، قال ابن عدي: عامة ما يرويه غير محفوظ، وقال ابن حبان: يروي الموضوعات.

(تتمّة)

زاد في "البحر"^(١): ((ويختارُ أيسرُ النساءِ خطيبةً ومُؤنّةً، ونكاحُ البكرِ أحسنُ للحديث: «عليكم بالأبكار، فإنَّهنَّ أعذبُ أفواهاً وأنقى أرحاماً وأرضى باليسير»^(٢)، ولا يتزوَّجُ طويلاً مهزولةً، ولا قصيرةً دميعةً، ولا مكثرةً، ولا سيئةَ الخلقِ، ولا ذاتَ الولد، ولا مُسَيَّنةً؛ للحديث: «سوداءُ وكُودُ خيرٌ من حسناءٍ عقيم»^(٣)، ولا يتزوَّجُ الأُمّةَ مع طولِ الحرّة، ولا زانيةً، والمرأةُ تختارُ الزَّوْجَ الدِّينَ، الحَسَنَ الخلقِ، الجوادَ، المُوسِرَ، ولا تتزوَّجُ فاسقاً، ولا يزوَّجُ ابنته الشَّابّةَ شيخاً كبيراً، ولا رجلاً دميماً، ويزوِّجُها كُفّاً، فإنَّ خطبَها الكُفَاءُ لا يُؤخِّرُها، وهو كلُّ مسلمٍ تقيٍّ، وتَحْلِيَةُ البناتِ بالحُلِيِّ والحُلَلِ ليرغَبَ فيهنَّ الرِّجَالُ سَنَةً، ولا يَخْطُبُ مَخْطُوبَةً غَيْرِهِ؛ لأنَّهُ جَفَاءٌ وخِيَانَةٌ)) اهـ.

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٦/٣ - ٨٧.

(٢) أخرجه ابن ماجه (١٨٦١) كتاب النكاح - باب تزويج الأبكار، والطبراني في "المعجم الكبير" ١٧/١٤٠ - ١٤١ و"الأوسط" (٤٥٨)، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٨٠/٧ كتاب النكاح - باب استحباب التزويج بالأبكار، عن عبد الرحمن بن سالم بن عبد الرحمن بن عويم بن عتبة بن عويم، عن أبيه، عن جده. وقد رجح ابن حجر في "التهذيب" ٣/٣٤٠ عود ضمير (أبيه) (جده) على سالم لا عبد الرحمن، والصحيح أنه من مسند عويم بن ساعدة. وأخرج الطبراني (١٠٢٤٤) من طريق أبي بلال الأشعري عن حماد عن عاصم عن زر عن عبد الله مرفوعاً، فذكره، والأشعري ضعفه البارقطني والصحيح ما رواه ابن أبي شبة ٤٦٥/٣ عن أبي أسامة عن حماد عن عاصم قال عمر فذكره. ثم أخرج حديث ابن مسعود مرفوعاً، وفيه بهم، وله طرق واهية غيرها أعرضنا عنها، وقد أخرجه عبد الرزاق (١٠٣٤١)، وابن أبي شبة عن مكحول مرسلًا، وسعيد بن منصور (٥١٢) عن عمرو بن عثمان مرسلًا، وفي الصحيحين عن جابر: ((فهيلا بكراً تلاعها وتلاعيك)).

(٣) أخرجه الطبراني في "الكبير" ١٩/٤١٦، وابن حبان في "الضعفاء" ٢/١١١، وتمام في "الفوائد" (٧٥٤) روض، من طريق علي بن الربيع عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده مرفوعاً، وقال ابن حبان: وهذا حديث منكر لا أصل له عن بهز، وعلي يروي المناكير، قال العراقي في تخريج "الإحياء" ٢/٤٢: لا يصح.

وأخرجه ابن عدي ٣٧٢/٢، وأبو يعلى كما في "إتقان المهرة" ٤٧/ق من طريق حسان بن سياه ثنا عاصم عن زر عن عبد الله مرفوعاً ((دعوا الحسناء)) فذكر نحوه، قال ابن عدي: وحسان الضعف على روايته تين، وعامتها لا يتابع عليه، ورواه مبارك بن فضالة عن عاصم عن حماد عن أبي موسى نحوه بمعناه، والصحيح ما رواه معمر عن عبد الملك بن عمير وعاصم مرسلًا.

أخرجه عبد الرزاق (١٠٣٤٤) وعن محمد بن سيرين مرسلًا (١٠٣٤٣) وله شاهد من حديث معقل بن يسار مرفوعاً ((تزوجوا الولود الودود)) وفيه قصة أخرجه أبو داود (٢٠٥٠)، والنسائي ٦/٦٥، والبيهقي ٧/٨١ كلهم في كتاب النكاح - باب كراهة تزويج العقيم، وروى البيهقي من طريق حفص عن أنس نحوه مرفوعاً.

وهل يكره الزفاف؟ المختار لا إذا لم يشتغل على مفسدة دينية.....

[١١١٣١] (قوله: وهل يكره الزفاف؟) هو بالكسر ككتاب: إهداء المرأة إلى زوجها، "قاموس" (١). والمراد به هنا اجتماع النساء لذلك؛ لأنه لازم له عرفاً، أفاده "الرحمي".

[١١١٣٢] (قوله: المختار لا إلخ) كذا في "الفتح" (٢) مستدلاً له بما مر (٣) من حديث "الترمذي" وما رواه "البخاري" عن "عائشة" رضي الله تعالى عنها قالت: زَفَفْنَا امرأةً إلى رجلٍ من الأنصار، فقال النبي ﷺ: «أَمَا يَكُونُ مَعَهُمْ لَهْوٌ؟ فَإِنَّ الْأَنْصَارَ يُعْجِبُهُمُ اللَّهْوُ» (٤)، وروى "الترمذي" و"النسائي" عنه ﷺ: «فَصَلُّ مَا بَيْنَ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ الدُّفُّ وَالصَّوْتُ» (٥)، وقال الفقهاء: المراد بالدفِّ ما لا جَلَجَلٍ له اهـ.

وفي "البحر" (٦) عن "الذخيرة": ((صَرَبُ الدُّفِّ فِي الْعُرْسِ مُخْتَلَفٌ فِيهِ، وَكَذَا اخْتَلَفُوا

(١) "القاموس": مادة (زفف) بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٢/٣.

(٣) المقولة [١١١٢٢] قوله: ((ويندب إعلانه)).

(٤) أخرجه البخاري (٥١٦٢) كتاب النكاح - باب النِّسوة يُهْدَيْنَ المرأةُ إلى زوجها، والبيهقي ٢٨٨/٧ كتاب الصداق - باب إظهار النكاح، والحاكم ١٨٤/٢، كلهم من حديث محمد بن سابق عن إسرائيل عن هشام عن أبيه عن عائشة، به، قال الحاكم: على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ومع أن البخاري أخرجه لم يتعقبه الذهبي وكان سبب توهم الحاكم أن الحديث فرد، وتابعه شريك عن هشام، به، وأخرجه الطبراني في "الأوسط" (٣٢٧٧) بإسناد مسلسل بالضعفاء.

وأخرجه أحمد ٢٦٩/٦، وابن حبان في صحيحه (٥٨٧٥) عن سهل بن أبي حنمة عن عائشة نحوه مرفوعاً، وله شاهد أخرجه أحمد ٣٩١/٣ وغيره من طرق عن الأجلع عن أبي الزبير عن جابر ومع تفرد الأجلع به فقد تردد فيه فرواه ابن ماجه (١٩٠٠) في النكاح باب الغناء، عنه، عن أبي الزبير عن ابن عباس ولعل الوهم منه.

(٥) أخرجه أحمد ٤١٨/٣، والترمذي (١٠٨٨)، والنسائي ١٢٨/٦، وفي "الكبرى" (٥٥٦٢)، وابن ماجه (١٨٩٦) وصححه الحاكم ١٨٤/٢ كلهم في كتاب النكاح - باب إعلان النكاح، وسعيد بن منصور (٦٢٩) باب نكاح السر، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٢٨٩/٧ وغيرهم.

من طرق عن أبي بلج يحيى بن سليم عن محمد بن حاطب الجمحي مرفوعاً، قال الترمذي: هذا حديث حسن، وأخرجه ابن أبي شيبة ٣٢١/٣ مرفوعاً.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٨٦/٣ بتصرف.

(وَيَعْقِدُ) مُتْلِسًا (بِإِيجَابٍ).....

في الغناء في العرس والوليمة، فمنهم مَنْ قال بعدم كراهيته كضربِ الدُّفِّ)).
[١١١٣٣] (قوله: وَيَعْقِدُ) قال في "شرح الوقاية"^(١): ((العقدُ: ربطُ أجزاءِ التصرفِ، أي: الإيجابُ والقبولُ شرعاً، لكنْ هنا أُريدُ بالعقدُ الحاصلُ بالمصدر، وهو الارتباطُ، لكنْ النكاحُ الإيجابُ والقبولُ مع [٦/٣٠٣] ذلك الارتباط، وإنما قلنا هذا لأنَّ الشرعَ يَعْتَبِرُ الإيجابَ والقبولَ أركانَ عقدِ النكاح، لا أموراً خارجيّةً كالشَّرائط، وقد ذكرتُ في "شرح التنقيح"^(٢) في فصلِ النِّهْيِ: أَنَّ الشرعَ يَحْكُمُ بأنَّ الإيجابَ والقبولَ الموحدين حسّاً يَرْتَبِطَانِ ارتباطاً حكميّاً، فيحصلُ معنى شرعيٌّ يَكُونُ مِلْكُ المشتري أثرًا له، فذلك المعنى هو البيعُ، فالمرادُ بذلك المعنى المجموعُ المركَّبُ من الإيجابِ والقبولِ مع ذلك الارتباطِ للشيء، لأنَّ البيعَ مجردُ ذلك المعنى الشرعيِّ والإيجابِ والقبولِ آلهُ كما توهمَ البعضُ؛ لأنَّ كونَهُما أركاناً يُنَافِي (ذلك) اهـ، أي: يُنَافِي^(٣) كونَهُما آلهُ.

٢٦٢/٢

وأشار "الشارح" إلى ذلك، حيث جعلَ الباءَ للملابسة كما في: بَنَيْتُ الْبَيْتَ بِالْحَجَرِ، لا للاستعانة كما في: كَتَبْتُ بِالْقَلَمِ.

(قوله: فذلك المعنى هو البيع) لا يناسبُ التفریعُ بل المناسبُ الإتيانُ بالواو.
(قوله: لأنَّ كونَهُما أركاناً يُنَافِي إلخ) قد يقالُ: إِنَّ جَعْلَهُمَا آلهَ لا يُنَافِي جَعْلَهُمَا من الأركان؛ لأنَّ المرادَ منها الأركانُ المجازیةُ، وذلك كما في "الدرر": ((أَنَّهُ لَمَّا كَانَ بَيْنَ اللَّفْظِ الْإِنْشَائِيِّ وَمَعْنَاهُ عِلَاقَةٌ قَوِيَّةٌ بَحِثْ لَا يَتَحَلَّفُ عَنْهُ الْمَعْنَى؛ لِأَنَّ الْإِنْشَاءَ إِجْبَادٌ مَعْنَى بِلَفْظٍ يُقَارَنُ فِي الْوُجُودِ، سَمِيَ الْأَلْفَافُ الْإِنْشَائِيَّةَ بِأَسَامِي الْمَعْنَايِ؛ حَيْثُ ذَكَرَ النِّكَاحَ وَأُرِيدَ بِهِ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ مَعَ أَنَّهُ الْمَعْنَى الْحَاصِلُ مِنْهُمَا، وَحِينَئِذٍ يَكُونُ الْعَقْدُ وَارِدًا وَمُتَعِدًّا هَذَا الْمَعْنَى الْمُرْتَبِ عَلَيْهِ حِلُّ الْمُنْعَةِ))، تأمل.

(١) "النقابة شرح مختصر الوقاية": كتاب النكاح ٥٤٦/١ بنصرف.

(٢) "شرح التوضيح على التنقيح": الباب الثاني في إفادة اللفظ الحكم الشرعي - فصل: النهي إثمًا عن الحسيات وإثماً عن الشرعيات ٢١٥/١.

(٣) في "٣": ((لا يُنَافِي))، وهو خطأ.

من أحدهما (وقبول) من الآخر (وُضِعَا لِلْمُضِيِّ) لِأَنَّ الْمَاضِيَ أَذْلُّ عَلَى التَّحْقِيقِ....

والحاصل: أَنَّ النِّكَاحَ والْبَيْعَ وَنَحْوَهُمَا وَإِنْ كَانَتْ تَوْجُدُ حِسًّا بِالْإِيجَابِ والْقَبُولِ، لَكِنْ وَصَفَهَا بِكَوْنِهَا عُقُودًا مَخْصُوصَةً بِأَرْكَانٍ وَشَرَائِطَ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا أَحْكَامٌ وَتَنْتَفِي تِلْكَ الْعُقُودُ بِاتِّفَاقِهَا وَجُودَ شَرْعِيٍّ زَائِدٍ عَلَى الْحِسِّيِّ، فَلَيْسَ الْعَقْدُ الشَّرْعِيُّ بِمَجْرَدِ الْإِيجَابِ والْقَبُولِ وَلَا الِارْتِبَاطِ وَحْدَهُ، بَلْ هُوَ مَجْمُوعُ الثَّلَاثَةِ، وَعَلَيْهِ فَقَوْلُهُ: ((وَيَنْعَقِدُ)) أَي: النِّكَاحُ، أَي: يَثْبُتُ وَيَحْصُلُ انْعِقَادُهُ بِالْإِيجَابِ والْقَبُولِ.

[١١١٣٤] (قَوْلُهُ: مِنْ أَحَدِهِمَا) أَشَارَ إِلَى أَنَّ الْمُتَقَدِّمَ مِنْ كَلَامِ الْعَاقِدِينَ إِيْجَابٌ - سِوَاءَ كَانَ الْمُتَقَدِّمُ كَلَامَ الزَّوْجِ أَوْ كَلَامَ الزَّوْجَةِ - وَالْمُتَأَخَّرَ قَبُولٌ، "ح" ^(١) عَنْ "الْمَنْح" ^(٢). فَلَا يُتَصَوَّرُ تَقْدِيمُ الْقَبُولِ، فَقَوْلُهُ: تَزَوَّجْتُ ابْنَتَكَ إِيْجَابٌ، وَقَوْلُ الْآخَرِ: زَوَّجْتُكَاهَا قَبُولٌ خِلَافًا لِمَنْ قَالَ: إِنَّهُ مِنْ تَقْدِيمِ الْقَبُولِ عَلَى الْإِيجَابِ، وَتَمَامُ تَحْقِيقِهِ فِي "الْفَتْح" ^(٣).

[١١١٣٥] (قَوْلُهُ: لِأَنَّ الْمَاضِيَ إِيْجَابٌ) قَالَ فِي "الْبَحْر" ^(٤): ((وَلَمَّا اخْتَصِرَ لَفْظُ الْمَاضِيَ لِأَنَّ وَاضِعَ اللَّغَةِ لَمْ يَضَعْ لِلْإِنْشَاءِ لَفْظًا خَاصًّا، وَإِنَّمَا عُرِفَ الْإِنْشَاءُ بِالشَّرْعِ، وَاخْتِيَارُ لَفْظِ الْمَاضِيَ لِلدَّلَالَةِ عَلَى التَّحْقِيقِ وَالثَّبُوتِ دُونَ الْمُسْتَقْبَلِ)) اهـ. وَقَوْلُهُ: ((عَلَى التَّحْقِيقِ)) أَي: تَحْقِيقِ وَقُوعِ الْحَدَثِ.

(قَوْلُهُ: فَلَا يُتَصَوَّرُ تَقْدِيمُ الْقَبُولِ إِيْجَابٌ) مُشْكَلٌ بِنِهَا لَوْ قَالَ: قَبِلْتُ نِكَاحَكَ، فَقَالَتْ: زَوَّجْتُكَ نَفْسِي فَهَلْ يَنْعَقِدُ بِذَلِكَ أَمْ يَحْتَاجُ إِلَى إِعَادَةِ قَوْلِهِ: قَبِلْتُ مَرَّةً أُخْرَى؟ يَرَاجِعُ. اهـ "سِنْدِي". وَقَالَ "الْمُقَدِّسِي": ((الْإِيجَابُ: اللَّفْظُ الصَّادِرُ أَوَّلًا وَلَوْ كَانَ لَفْظُهُ يُشْعِرُ بِالتَّأَخِيرِ، كَذَلِكَ قَبِلْتُ نِكَاحَكَ بِكَذَا، فَقَالَتْ: تَزَوَّجْتُكَ بِهِ اهـ)).

(١) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ ق ١٥١/ب.

(٢) "الْمَنْح": كِتَابُ النِّكَاحِ ١/ق ١١٢/ب بِتَصْرِفٍ.

(٣) "الْفَتْح": كِتَابُ النِّكَاحِ ١٠٢/٣ مَعْرِيًّا إِلَى "الدَّرَايَةِ" وَ"النِّهَايَةِ".

(٤) "الْبَحْر": كِتَابُ النِّكَاحِ ٨٧/٣.

(ك: زَوَّجْتُ) نَفْسِي أَوْ بَنِي أَوْ مُوَكَّلِي مِنْكَ (و) يَقُولُ الْآخَرُ (تَزَوَّجْتُ).
 (و) يَنْعَقِدُ أَيْضاً (عما) أَيْ: بِلَفْظَيْنِ (وَضِعَ أَحَدُهُمَا لَهُ) لِلْمَضِيِّ (وَالْآخَرُ لِلْإِسْتِقْبَالِ)
 أَوْ لِلْحَالِ، فَالْأَوَّلُ الْأَمْرُ^(١) (ك: زَوَّجْنِي) أَوْ زَوَّجْنِي نَفْسَكَ،

[١١١٣٦] (قوله: ك: زَوَّجْتُ نَفْسِي إلخ) أَشَارَ إِلَى عَدَمِ الْفَرْقِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمَوْجِبُ أَصِيلاً أَوْ وَلِيّاً أَوْ وَكِلاً، وَقَوْلُهُ: ((مِنْكَ)) بَفَتْحِ الْكَافِ، وَلَيْسَ مَرَادُهُ اسْتِقْصَاءَ الْأَلْفَاظِ الَّتِي تَصْلُحُ لِلْإِجَابِ حَتَّى يَرِدَ عَلَيْهِ أَنَّ مَثَلَ بَنِي ابْنِي، وَمَثَلُ مُوَكَّلِي مُوَكَّلِي، وَأَنَّهُ [٣/٦٠ب] كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يَقُولَ بَعْدَ قَوْلِهِ: ((مِنْكَ)): بَفَتْحِ الْكَافِ وَكَسَرِهَا، أَوْ ((مِنْ مَوْكَلِيكَ أَوْ مِنْ مُوَكَّلِيكَ)) بَفَتْحِ الْكَافِ وَكَسَرِهَا أَيْضاً لِيُعَمَّ الاحْتِمَالَاتِ، فَافْهَم.

[١١١٣٧] (قوله: ويقول الآخر: تَزَوَّجْتُ) أَيْ: أَوْ قَبِلْتُ لِنَفْسِي، أَوْ لِمُوَكَّلِي، أَوْ لِبَنِي، أَوْ مُوَكَّلِي، "ط"^(٢).

[١١١٣٨] (قوله: فالأوّل) أَيْ: الْمَوْضُوعُ لِلْإِسْتِقْبَالِ.

[١١١٣٩] (قوله: نَفْسَكَ) بِكَسْرِ الْكَافِ مَفْعُولُ ((زَوَّجْنِي))، أَوْ بَفَتْحِهَا مَفْعُولُ ((زَوَّجْنِي))، فَفِيهِ حَذْفُ مَفْعُولِ أَحَدِ الْفَعْلَيْنِ، وَلَوْ حَذَفَهُ لَشَجِلَ الْوَلِيُّ وَالْوَكِيلُ أَيْضاً، أَفَادَهُ "ح"^(٣).

(قوله: ولو حذفه لشجّل الوليّ والوكيل إلخ) أَيْ: إِذَا خَاطَبَهُ أَوْ خَاطَبَ الْوَكِيلَ، وَكَذَا يَشْمَلُ حَيْثُ مَا إِذَا خَاطَبَتِ الْمَرْأَةُ وَلِيَ الزَّوْجِ أَوْ وَكِيلَهُ.

(١) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((قوله: فالأوّل الأمر، أَيْ: الْإِسْتِقْبَالِ. أَقُولُ: فِيهِ كَلَامٌ، وَهُوَ الْأَوَّلُ أَنْ يُقَالَ، وَالْمَرَادُ بِالْمُسْتَقْبَلِ أَعْمُ مِنَ الْأَمْرِ؛ لِأَنَّهُ صَرَّحَ فِي الْنَهَايَةِ بِأَنَّ النِّكَاحَ يَنْعَقِدُ بِأَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلْمَرْأَةِ: أَتَزَوَّجُكَ عَلَى كَذَا، فَتَقُولُ الْمَرْأَةُ: قَبِلْتُ. وَذَكَرَ الْأَمْرَ لِلتَّمْثِيلِ لَيْسَ بِمَحْصَرٍ كَمَا لَا يَجْنَى. يَعْقُوبُ بِأَشَاءَ "ط"). ق. ١/١٥٠.

(٢) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ ٦/٢.

(٣) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ ق. ١/١٥١.

أو كَوْنِي امْرَأَتِي، فَإِنَّهُ لَيْسَ بِإِجْبَابٍ، بَلْ هُوَ تَوْكِيلٌ ضِمْنِيٌّ.....

[١١١٤٠] (قوله: أو كَوْنِي امْرَأَتِي) ومثله: كَوْنِي امْرَأَةً ابْنِي أو امْرَأَةً مُوَكَّلِي، وكذا: كُنْ زَوْجِي، أو كُنْ زَوْجَ بَنِي، أو زَوْجَ مُوَكَّلِي، أفادته "ح" (١).

[١١١٤١] (قوله: فَإِنَّهُ لَيْسَ بِإِجْبَابٍ) الفاء فصيحة، أي: إذا عرفت أَنَّ قوله: ((بما وُضِعَ)) معطوفٌ على قوله: ((بإيجابٍ وقبولٍ))، وعرفتَ أَيْضاً أَنَّ العطف يقتضي المغايرة عَرَفْتُ أَنَّ لفظ الأمر ليس بإيجابٍ، لكنَّ هذا يقتضي أَنَّ قولَ الآخر: زَوَّجْتُ في هذه الصورة ليس بقبول، وهو كذلك، أي: ليس بقبولٍ محضٍ، بل هو لفظٌ قَامَ مقامَ الإيجابِ والقبولِ كما ذكره "الشَّارَحُ"، ويردُّ عليه أَنَّ عطفَ الحالِ على الاستقبالِ يقتضي أَنَّ نحوَ قوله: أَتَزَوَّجُكَ ليس بإيجابٍ، وأنَّ قولها: قِيلَتْ مُحْيِيَةً له ليس بقبولٍ مع أَنهما إيجابٌ وقبولٌ قطعاً، "ح" (٢).

[١١١٤٢] (قوله: بل هو توكيلٌ ضمنيٌّ) أي: أَنَّ قوله: زَوَّجَنِي توكيلٌ بالنِّكاحِ للمأمورِ معنًى، ولو صرَّحَ بالتوكيلِ وقال: وَكَلَّتُكَ بِأَنْ تَزَوَّجَنِي نَفْسُكَ مِنِّي، فقالت: زَوَّجْتُ صَحَّ النِّكاحُ، فكذا هنا، "غاية البيان". وأشار بقوله: ((ضمينٌ)) إلى الجوابِ عمَّا أوردَ عليه من أَنَّهُ لو كان توكيلاً لَمَّا اقتصرَ على المجلسِ مع أَنَّهُ يقتصرُ، وتوضيحُ الجوابِ - كما أفادته "الرَّحْمَنُ" -: ((أَنَّ المتضمنَ بالفتح لا تُعتبرُ شروطُهُ، بل شروطُ المتضمنِ بالكسر، والأمرُ طلبٌ للنِّكاحِ، فيُشترطُ فيه شروطُ النِّكاحِ من اتِّحادِ المجلسِ في رُكْنِهِ، لا شروطُ ما في ضميمهِ من الوكالةِ كما في: أَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنِّي بِأَلْفٍ، لَمَّا كان البيعُ فيه ضميناً لم يُشترطُ فيه الإيجابُ والقبولُ

(قوله: وتوضيحُ الجوابِ كما أفاده "الرَّحْمَنُ" أَنَّ المتضمنَ (الح) يعني: أَنَّ الأمرَ بظواهره إيجابٌ؛ لأنَّهُ ليس إِلَّا اللَّفْظُ المفيدُ قصْدَ تحقيقِ المعنى أو لا، وهو صادقٌ على الأمرِ، إلَّا أَنَّهُ لَمَّا كان متضمناً للتوكيلِ اشترطَ شروطُ المتضمنِ بالكسر، وهو الأمرُ الذي بظواهره إيجابٌ لا شروطُ المتضمنِ بالفتح، وهو الوكالةُ التي في ضميمهِ.

(١) "ح": كتاب النكاح ق ١٥١/ب.

(٢) "ح": كتاب النكاح ق ١٥١/ب - ١٥٢/أ.

(فإذا قال) في المجلس: (زَوَّجْتُ) أَوْ قَبِلْتُ أَوْ بِالسَّمْعِ وَالطَّاعَةِ - "بزازية" - قَامَ مَقَامَ الطَّرَفَيْنِ،

لعدم اشتراطهما في العتق؛ لأنَّ الملك في الإعتاق شَرْطٌ، وهو تَبِعٌ للمقتضي، وهو العتق؛ إذ الشُّرُوطُ أَتْبَاعٌ، فلذا ثَبَتَ البَيْعُ المقتضى [٣/٧٠/١] بالفتح بشروط المقتضي بالكسر - وهو العِتْقُ - لا بشروط نفسه إظهاراً للتَّبَعِيَّةِ، فسَقَطَ القَبُولُ الذي هو رَكْنُ البَيْعِ، ولا يَثْبُتُ فيه خيارُ الرُّوْبَةِ والعيبِ، ولا يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مقدورَ التسليم كما ذكره في "المنح"^(١) في آخر نكاح الرقيق.

[١١١٤٣] (قوله: فإذا قال) أي: المأمور بالتزويج.

[١١١٤٤] (قوله: أَوْ بِالسَّمْعِ وَالطَّاعَةِ) متعلقٌ بمحذوفٍ ذَلَّ عليه المذكورُ، أي: زَوَّجْتُ أَوْ قَبِلْتُ مُتَّبِعاً بِالسَّمْعِ وَالطَّاعَةِ لِأَمْرِكِ، ولا يحصلُ السَّمْعُ وَالطَّاعَةُ لِأَمْرِهِ إِلَّا بتقديرِ الجوابِ ماضياً مُراداً به الإنشاءُ؛ لِيَتِمَّ شَرْطُ الْعَقْدِ بِكَوْنِ أَحَدِهِمَا لِلْمُضِيِّ.

[١١١٤٥] (قوله: "بَزَازِيَّةٌ")^(٢) نصُّ عبارتها: ((قال: زَوَّجَنِي نَفْسَكُ مِنِّي، فقالت: بِالسَّمْعِ وَالطَّاعَةِ صَحَّ)) اهـ.

(قوله: لعدم اشتراطهما في العتق لأنَّ الملك في الإعتاق شرط إلخ) عبارة "السُّنْدِي": ((إِلَّا أَنْ إلخ فانظر "المنح")). ثم رأيتُ "المنح" ذَكَرَ ما نَصَّهُ: ((ولنا أنه أَمَكَنَ تصحيحُهُ بتقديم الملك بطريق الاقتضاء؛ إذ الملك شَرْطٌ لصحة العتق عنه فيصيرُ قوله: أَعْتَقْتُ طَلَبَ التملك منه بالألف، ثم أَمَرَهُ بإعتاق عبدِ الأَمِيرِ عنه وقوله: أَعْتَقْتُ تملكاً منه، ثم الإعتاقُ عنه فإذا ثَبَتَ لِلأَمِيرِ فسد النكاحُ للتناهي بين المَلَكَيْنِ. فالحاصل: أَنَّ هذا من بابِ الاقتضاء وهو: دلالة اللَّفْظِ على مسكوتٍ عنه يتوقَّفُ صِدْقُهُ عليه أو صحته، فالمقتضى بالفتح: ما استدعاه صِدْقُ الكلام، كرفع الخطأ والنسيان، أو: حكمٌ لَزِمَهُ شرعاً، كمسألة الكتاب، فالملك في شرط وهو تبعٌ للمقتضى وهو العِتْقُ؛ إذ الشُّرُوطُ إلخ)).

(١) "المنح": كتاب النكاح ١/ق ١٣٠/ب.

(٢) "البزازية": كتاب النكاح - الفصل الأول في الآلة ١٠٩/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

وقيل: هو إيجاب، ورجحته في "البحر".....

ونقل هذا الفرع في "البحر" ^(١) عن "النوازل"، ونقله ^(٢) في موضع آخر عن "الخلاصة" ^(٣)، فافهم.

[١١٤٦] (قوله: وقيل: هو إيجاب) مقابل القول الأول بأنه توكيل، ومشى على الأول في "الهداية" ^(٤) و"المجمع"، ونسبه في "الفتح" ^(٥) إلى المحققين، وعلى الثاني ظاهر "الكنز" ^(٦)، واعترضه في "الدُرر" ^(٧): ((بأنه مخالف لكلامهم))، وأجاب في "البحر" ^(٨) و"النهر" ^(٩): ((بأنه صرح به في "الخلاصة" ^(١٠) و"الحائية" ^(١١)))، قال في "الحائية": ((ولفظه ^(١٢) الأمر في النكاح إيجاب، وكذا في الخلع والطلاق والكفالة والهبة)) اهـ.

قال في "الفتح" ^(١٣): ((وهو أحسن؛ لأن الإيجاب ليس إلا اللفظ المفيد، قصد تحقق المعنى أولاً، وهو صادق على لفظ الأمر))، ثم قال: ((والظاهر أنه لا بد من اعتبار كونه توكيلاً،

٢٦٣/١

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٩٤/٣.

(٣) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الأول في جواز النكاح ق ٧٤/ب معزياً إلى "النوازل".

(٤) "الهداية": كتاب النكاح ١٨٩/١.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٤/٣.

(٦) أنظر "شرح المعني على الكنز": كتاب النكاح ١٣٨/١.

(٧) "الدُرر": كتاب النكاح ٣٢٧/١.

(٨) "البحر": كتاب النكاح ٨٧/٣.

(٩) "النهر": كتاب النكاح ق ١١٦/أ.

(١٠) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الحادي عشر في الوكالة في النكاح ق ٨١/أ.

(١١) "الحائية": كتاب النكاح - الفصل الأول في الألفاظ التي يتعقد بها النكاح ٣٢٥/١ - ٣٢٦ باختصار (هامش

"الفتاوى الهندية").

(١٢) في "م": ((ولفظ)).

(١٣) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٤/٣.

والأبقي طلبُ الفرقِ بين النكاح والبيع، حيث لا يَتِمُّ بقوله: بعنيه بكذا، فيقول: بعْتُ بلا جوابٍ))، لكن ذكرَ في "البحر"^(١) عن ييوع "الفتح"^(٢) الفرقَ: ((بأنَّ النكاح لا يَدْخُلُهُ المساومة؛ لأنَّه لا يكونُ إلَّا بعدَ مقدِّماتٍ ومراجعاتٍ، فكانَ للتحقيق بخلافِ البيع))، وأوردَ في "البحر"^(٣) على كونه إيجاباً ما في "الخلاصة"^(٤): ((لو قال الوكيل بالنكاح: هَبِ ابْنَتَكَ لفلان، فقال الأب: وهبتُ لا ينعقد النكاح ما لم يَقُلِ الوكيل بعده: قَبِلْتُ؛ لأنَّ الوكيل لا يَمْلِكُ التَّوكِيلَ))، وما في "الظهيرية"^(٥): ((لو قال: هَبِ ابْنَتَكَ لابني، فقال: وهبتُ لم يَصِحَّ ما لم يَقُلِ أبو الصَّبِيِّ: قَبِلْتُ))، ثمَّ أجاب^(٦) بقوله: ((إلَّا أنْ يقالَ بأنَّه مُفَرَّغٌ على القولِ بأنَّه توكيلٌ لا إيجابٌ، وحينئذٍ تظهرُ ثَمَرَةُ الاختلافِ بين القولين، لكنَّه متوقِّفٌ على النقل، وصرَّحَ في "الفتح"^(٧): بأنَّه على القولِ بأنَّ الأمرَ توكيلٌ يكونُ تمامُ العَقْدِ بالمجيب، وعلى [٣/٧٠١/ب] القولِ بأنَّه إيجابٌ يكونُ تمامُ العَقْدِ قائماً بهما)) اهـ، أي: فلا يلزمُ على القولِ بأنَّه توكيلٌ قولُ الأمرِ: قَبِلْتُ، فهذا مخالفٌ للجوابِ المذكور، وكذا يخالفُهُ تعليلُ "الخلاصة":

(قوله: فهذا مخالفٌ للجوابِ المذكور إلخ) يظهرُ أنَّه لا يُخالفُ الجوابُ المذكور؛ لأنَّ الاحتياجَ إلى القبولِ إنَّما كان بسببِ عَدَمِ صحَّةِ توكيلِ الوكيل، فخرجت المسألةُ من بابِ كَوْنِ تمامِ العَقْدِ بالمجيبِ،

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب البيوع ٤٥٨/٥ - ٤٥٩.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٨٨/٣ بتصرف.

(٤) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الحادي عشر في الوكالة في النكاح ق ٨١/أ بتصرف.

(٥) "الظهيرية": كتاب النكاح ق ٧٤/أ بتصرف.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٨٨/٣ بتصرف.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٣/٣ بتصرف.

((بأنه ليس للوكيل أن يُوكَّل))، نَعَمْ ما في "الظهيرية" مُؤَيَّدٌ للجواب، لكن قال في "النهر"^(١): ((إنَّ ما في "الظهيرية" مشكلٌ؛ إذ لا يصحُّ تفرُّعه على أنَّ الأمرَ إيجابٌ كما هو ظاهرٌ، ولا على أنَّه توكيلٌ لما أنَّه يجوزُ للأب أن يُوكَّلَ بنكاحِ ابنته الصَّغيرِ؛ إذ بتقديره يكونُ تمامُ العقدِ بالمحبِّبِ غيرَ متوقِّفٍ على قبولِ الأب، وبه اندفعَ ما في "البحر"^(٢) من أنَّه مُفَرَّغٌ على أنَّه توكيلٌ)) اهـ. لكن قال العلامةُ "المقدسيُّ" في "شرحه": ((إنما توقَّفَ الانعقادُ على القبولِ في قولِ الأبِّ أو الوكيلِ: هَبْ ابنتَكَ لفلانٍ أو لابني، أو أعطِها مثلاً لأنَّه ظاهرٌ في الطلبِ، وأنَّه مستقيلٌ لم يُردَّ به الحالُ والتَّحقُّقُ، فلم يَتِمَّ به العقدُ بخلاف: زَوَّجني بنتَكَ بكذا بعد الخطبة ونحوها، فإنَّه ظاهرٌ في التَّحقُّقِ والإثباتِ الذي هو معنى الإيجاب)) اهـ، فتأمَّل.

هذا، وفي "البحر"^(٣): ((أنَّه يَتَيَّن على القولِ بأنَّه توكيلٌ أنَّه لا يَشترطُ سماعُ الشَّاهدين للأمرِ؛

بل هو قائمٌ باثنين ولا يخالفه أيضاً تعليلُ "الخلاصة"، بل كاد أن يكون صريحاً فيه؛ إذ قد بَنَى عدمُ الصَّحَّةِ على أنَّ الوكيلَ ليس له أن يُوكَّلَ وما هذا إلَّا لاعتباره أنَّ الأمرَ توكيلٌ، وما أجاب به "المقدسيُّ" صحيحٌ بالنسبة ل عبارة "الظهيرية" لا لفرع "الخلاصة"؛ لبنائه على التوكيلِ.

وفي "المقدسيُّ": ((يُشكِّلُ عليه أنَّه لو كان الوكيلُ حاضراً عند مباشرةِ وكيله صَحَّ فعلُهُ وهو هنا حاضرٌ)).

وفي "السُّنْدِي": ((أنَّ مباشرةَ وكيل الوكيل بحضرةِ الوكيل في النكاح لا تكونُ كمباشرةِ الوكيل بنفسه، بخلافه في البيع، كما في "الأصل")).

ونقل "عصام" في "مختصره": ((أنَّه جعلهُ كالبيع فلا يحتاجُ لقبوله))، تأمَّل. وقد يَدْفَعُ إشكالُ "النهر" - لِمَا في "الظهيرية": بأنَّه جارٍ على أنَّ الأمرَ توكيلٌ، ويحملُ الابنُ على البالغِ فساوت ما في "الخلاصة" - أنَّ ما قاله "المقدسيُّ" يُعَدُّ تعليلُ "الخلاصة": بأنَّ الوكيلَ لا يَمْلِكُ التوكيلَ.

(١) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٢/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٨٨/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٨٨/٣ بتصرف.

والثاني المضارع^(١).....

لأنه لا يُشترطُ الإشهادُ على التوكيل، وعلى القول الآخر يُشترطُ))، ثم ذكر^(٢) عن "المعراج" ما يفيد الاشتراطَ مطلقاً، وهو: ((أَنْ زَوَّجَنِي وَإِنْ كَانَ توكيلاً لَكِنْ لَمَّا لَمْ يَعْمَلْ زَوَّجْتُ بِدُونِهِ نَزَلَ مَنْزِلَةُ شَطْرِ^(٣) الْعَقْدِ))، ثم ذكر^(٤) عن "الظهيرية"^(٥) ما يدلُّ على خلافه، وهو ما يذكره^(٦) "الشارح" قريباً من مسألة العقد بالكتابة، ويأتي^(٧) بيانه.

[١١١٤٧] (قوله: والثاني) أي: ما وُضِعَ للحال المضارع، وهو الأصحُّ عندنا، ففي قوله: كلُّ مملوكٍ أُمْلِكُهُ فهو حرٌّ يعتقُّ ما في مِلْكِهِ في الحال لا ما يَمْلِكُهُ بعدُ إلّا بالنية، وعلى القول بأنَّه حقيقة في الاستقبال فقوله: أَتَزَوَّجُكَ يَنْعَقِدُ بِهِ النِّكَاحُ أيضاً؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ الحالَ كما في كلمة الشَّهَادَةِ، وقد أَرَادَ به التَّحْقِيقَ^(٨) لا المساوِمةَ بدلالة الخطبة والمقدمات بخلاف البيع كما في "البحر"^(٩) عن "المحيط".

والحاصل: أنَّه إذا كان حقيقةً في الحال فلا كلامٌ في صحَّةِ الانعقادِ به، وكذا إذا كان

(١) في "د" زيادة: ((قوله: والثاني مضارع إلخ، أقول: قال السنوي في الكوكب الدرّي: مسألة المضارع فيه خمسة مذاهب: أحدها: أنَّه حقيقة في الحال مجازٌ في الاستقبال، والثاني: عكسه، والثالث: أنَّه في الحال حقيقة، ولا يُستعمل في الاستقبال أصلاً لا حقيقة ولا مجازاً، والرابع: عكسه، والخامس: قال في الارتشاف: وهو المشهور، وظاهر كلام سيويه أنَّه مشتركٌ بينهما، إذا علمت ذلك فمن فروع المسألة: ما إذا قال لزوجته: طَلَّقِي نَفْسَكَ، فقالت: أَطْلُقُ، فلا يقع في الحال شيء؛ لأنَّها مطلقة للاستقبال، وإن قال: أرَدْتُ الإنْشَاءَ وقع حالاً، وعامَّةً فيه. "خير الدين الرملي")، ق. ١/١٥٠.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٨٨/٣ - ٨٩ بتصرف.

(٣) في "الأصل": ((شطر)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣.

(٥) "الظهيرية": كتاب النكاح ٧٣/ب.

(٦) "در" ٤٣ - وما بعدها.

(٧) المقولة [١١١٦٢] قوله: ((فتح)).

(٨) عبارة "البحر": ((وقد أَرَادَ به التحقيق والحال)).

(٩) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣ بتصرف.

المبدوءُ بهمزةٍ أو نونٍ أو تاءٍ كَتَزَوَّجِيَّيْ نَفْسَكَ؟ إذا لم يَنْوِ الاستقبالَ،.....

حقيقةً في الاستقبالِ لقيام القرينة على إرادة الحال، ومقتضاهُ أنه لو ادَّعى إرادة الاستقبالِ والوعدَ لا يُصدَّقُ بعد تمام العقدِ بالقبول، ويأتي قريباً^(١) ما يؤيدُه.

[١١١٤٨] (قوله: المبدوءُ بهمزةٍ) ك: أَتَزَوَّجُكَ بفتح الكافِ وكسرِها، "ح"^(٢).

[١١١٤٩] (قوله: أو نونٍ) ذكره في [٨/٣/١] "النهر"^(٣) بحثاً حيث قال: ((و لم يذكروا

المضارع المبدوءُ بالنونِ ك: نَتَزَوَّجُكَ أو نَزَوَّجُكَ من ابني، وينبغي أن يكون كالمبدوءِ بالهمزة)) اهـ.

[١١١٥٠] (قوله: ك: تَزَوَّجِيَّيْ) بضم التاء، و((نَفْسَكَ)) بكسرِ الكافِ، ومثله: تَزَوَّجِيَّيْ

نَفْسَكَ بضم التاءِ خطاباً للمذكر، فالكاف مفتوحة.

[١١١٥١] (قوله: إذا لم يَنْوِ الاستقبالَ) أي: الاستيعادَ، أي: طلب الوعدِ، وهذا قيدٌ

في الأخيرِ فقط كما في "البحر"^(٤) وغيره، وعبارة "الفتح"^(٥): ((لَمَّا عَلِمْنَا أَنَّ الْمَلَا حِظَةَ

من جهة الشرع^(٦) في ثبوتِ الانعقاد ولزومِ حكمِهِ جانبِ الرضا عدنيا^(٧) حكمه إلى كلِّ

لفظٍ يفيدُ ذلك بلا احتمالٍ مُساوٍ للطَّرفِ الآخر، فقلنا: لو قال بالمضارع ذي الهمزة:

أَتَزَوَّجُكَ، فقالت: زَوَّجْتُ نَفْسِي أَنْعَقَدَ، وفي المبدوءِ بالتاء: تَزَوَّجِيَّيْ بَنَتَكَ، فقال: فعلتُ عند

عدمِ قصدِ الاستيعادِ؛ لأنَّه يتحقَّقُ فيه هذا الاحتمالُ بخلافِ الأول؛ لأنَّه لا يَسْتَحْبِرُ نَفْسَهُ عَنْ

الوعدِ، وإذا كان كذلك - والنِّكاحُ مما لا يجري فيه المساومة - كان للتحقيقِ في الحال، فأنعقدَ

به لا باعتبارِ وضعِهِ للإنشاء، بل باعتبارِ استعمالِهِ في غرضِ تحقيقِهِ واستفادةِ الرضا منه، حتَّى قلنا:

(١) المقولة [١١١٥١] قوله: ((إذا لم يَنْوِ الاستقبالَ)).

(٢) "ح": كتاب النكاح ق ١٥٢/أ.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٢/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٣/٣ بتصرف.

(٦) في "الأصل": ((الشروع)).

(٧) عبارة "الفتح": ((عدُّنا ثبوتِ الانعقاد ولزومِ حكمِ العقدِ إلى كلِّ...)).

وكذا: أنا مُتَزَوِّجُكَ أو جِئْتُكَ خَاطِبًا.....

لو صرَّحَ بالاستفهام اعتبرَ فهمُ الحال، قال في "شرح الطحاوي": لو قال: هل أعطيتَنيها؟ فقال: أعطيتُ إن كان المجلسُ للوعدِ فوعدٌ، وإن كان للعدِّ فنكاحٌ)) اهـ.

قال "الرحماني": ((فعلمنا أنَّ العبرةَ لما يظهرُ من كلامهما لا لنيتهما، ألا ترى أنه ينعقدُ مع الهزل والهزل لم ينو النكاح؟ وإنما صحَّتْ نيةُ الاستقبالِ في المبدوء بالتاء؛ لأنَّ تقديرَ حرفِ الاستفهام فيه شائعٌ كثيرٌ في العربية)) اهـ.

وبه عُلِمَ أنَّ المبدوء بالهمزة كما لا يصحُّ فيه الاستيعادُ لا يصحُّ فيه الوعدُ بالتزويجِ في المستقبل عند قيام القرينة على قصدِ التحقيق والرِّضا كما قلناه آنفاً، فافهم.

[١١١٥٢] (قوله: وكذا: أنا مُتَزَوِّجُكَ) ذكره في "الفتح" ^(١) بحثاً حيث قال: ((والانعقادُ

بقوله: أنا مُتَزَوِّجُكَ ينبغي أن يكونَ كالمضارع المبدوء بالهمزة سواءً)) اهـ.

قال "ح" ^(٢): ((لأنَّ مُتَزَوِّجَ اسمٍ فاعِلٍ، وهو موضوعٌ لذاتٍ قامَ بها الحدثُ وتحقَّقَ في وقتِ التكلُّم، فكان دالاً على الحالِ وإن كانت دلالتُهُ عليه التزاميةً)).

[١١١٥٣] (قوله: أو جِئْتُكَ خَاطِبًا) قال في "الفتح" ^(٣): ((ولو قال باسمِ الفاعلِ

ك: جِئْتُكَ خَاطِبًا ابتسَكَ أو لتزوِّجني ابتسَكَ، فقال الأب: زَوِّجْتُكَ فالنكاحُ لازمٌ، وليس للخاطب أن لا يقبل؛ لعدم [ب/٨ق/٣] جريانِ المساومةِ فيه)) اهـ.

قال "ح" ^(٤): ((فإن قلت ^(٥): إنَّ الإيجاب والقبول في هذا ماضيان، فلا معنى لذكره هنا.

قلت: المعتبر قولُهُ: خَاطِبًا، لا قولُهُ: جِئْتُكَ؛ لأنَّه لا ينعقدُ به النكاحُ، ولا دَخَلَ له فيه)).

(١) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٣/٣.

(٢) "ح": كتاب النكاح ١٥٢ق/١.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٣/٣، وعزاه إلى أبي حنيفة رحمته الله.

(٤) "ح": كتاب النكاح ١٥٢ق/١.

(٥) (فإن قلت) ساقط من "ت".

لعدم جريان المساومة في النكاح، أو: هل أعطيتها؟ إن المجلس للنكاح، وإن للوعْد فوعْد، ولو قال لها: يا عرسي، فقالت: لبيك انعقد على المذهب.
(فلا ينعقد) بقبول بالفعل كقبض مهر،.....

[١١١٥٤] (قوله: لعدم جريان المساومة في النكاح) احتراز به عن البيع، فلو قال: أنا مُشترٍ أو جئتكَ مشترياً لا ينعقد البيع لجريان المساومة فيه، "ط"^(١).
[١١١٥٥] (قوله: إن المجلس للنكاح) أي: لإنشاء عقد؛ لأنه يفهم منه التحقيق في الحال، فإذا قال الآخر: أعطيتها أو فعلت لزم، وليس للأول أن لا يقبل.
[١١١٥٦] (قوله: انعقد على المذهب) صوابه: لم ينعقد، فقد صرح في "البحر"^(٢) عن "الصيرفية": ((بأن الانعقاد خلاف ظاهر الرواية))، ومثله في "النهر"^(٣)، وكذا في "شرح المقدسي" عن "قوائد تاج الشريعة"^(٤)، وفي "التأخرانية"^(٥): ((قال لامرأة محضر من الرجال: يا عروسي، فقالت: لبيك فنكح، قال القاضي "بديع الدين"^(٦): إنه خلاف ظاهر الرواية)).
[١١١٥٧] (قوله: فلا ينعقد إلخ) تفرغ على ما تقدم من انعقاده بلفظين إلخ، "ح"^(٧).
[١١١٥٨] (قوله: كقبض مهر) قال في "البحر"^(٨): ((وهل يكون القبول بالفعل كالقبول

(١) "ط": كتاب النكاح ٧/٢.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٩٤/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٢/ب.

(٤) انظر تعليقنا على ترجمة الكتاب ٢٣٧/٥.

(٥) "التأخرانية": كتاب النكاح - الفصل الأول في الألفاظ التي ينعقد بها النكاح والتي لا ينعقد بها ٥٨٢/٢ نقلًا عن فتاوى آهر "الصيرفية".

(٦) لم نهل لمعرفته.

(٧) "ح": كتاب النكاح ق ١٥٢/ب.

(٨) "البحر": كتاب النكاح ٨٧/٣ معرّفًا إلى "البرازية".

ولا بتعاطٍ ولا بكتابةٍ حاضرٍ.....

باللفظ كما في البيع؟ قال في "البرازية"^(١): أجاب صاحب "الهداية"^(٢) - في امرأة زوجت نفسها بألفٍ من رجلٍ عند الشهود، فلم يقل الزوج شيئاً، لكن أعطها المهر في المجلس - أنه يكون قبولاً، وأنكره صاحب "المحيط"، وقال: لا، ما لم يقل بلسانه: قبلت، بخلاف البيع - لأنه يتعقد بالتعاطي، والنكاح لحظه لا يتعقد، حتى يتوقف على الشهود - وبخلاف إجازة نكاح الفضولي بالفعل لوجود القول ثمة)) اهـ "ح"^(٣).

[١١١٥٩] (قوله: ولا بتعاطٍ) تكرر مع قوله: ((بالفعل كقبضٍ مهرٍ))، وكل منهما تكرار مع قول المتن الآتي: ((ولا بتعاطٍ))، فإن مسألة قبض المهر التي قدمنا نقلها عن "البحر" بعينها شرح بها المصنفُ قوله: ((ولا بتعاطٍ))، "ح"^(٤). [١١١٦٠] (قوله: ولا بكتابةٍ حاضرٍ) فلو كتب: تزوجتُكِ، فكُتبت: قبلتُ لم يتعقد، "بحر"^(٥). والأظهر أن يقول: فقالت: قبلتُ إلخ؛ إذ الكتابة من الطرفين بلا قولٍ لا تكفي ولو في الغيبة، تأمل.

(قوله: تكرر مع قوله: بالفعل كقبضٍ إلخ) سيذكر في البيوع: أن القبول قد يكون بالفعل، وأنه ليس من صور التعاطي، وأن بيع التعاطي ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن، ففي جعل الصورة الأخيرة من صور التعاطي نظرٌ اهـ. ونقل ذلك عن "الفتح" بعبارة طويلة فانظره. والظاهر أن ذكر التعاطي هنا مع ذكر المصنف له لقصد الإشارة أن المناسب ذكره هنا لتفريعه على ما سبق، بخلاف ما فعله المصنف؛ فإنه أطول الفصل لا يعلم من كلامه أنه مفرغ عليه، ففي كلامه قصد الإشارة إلى أن المناسب ذكره هنا.

(١) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الأول في الآلة ١١١/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) في "الأصل" و"ت": ((الهداية)) بدل "البداية"، وعبارة "البحر": ((البداية))، وعبارة "ح" و"البرازية" و"ط": ((الهداية)).

(٣) "ح": كتاب النكاح ق ١٥٢/ب.

(٤) "ح": كتاب النكاح ق ١٥٢/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٩٠/٣.

بل غائب بشرط إعلام الشهود بما في الكتاب ما لم يكن بلفظ الأمر، فيتولى^(١) الطرف، "فتح"

[١١١٦١] (قوله: بل غائب) الظاهر أن المراد به الغائب عن المجلس وإن كان حاضراً في البلد، "ط"^(٢).

مطلب: التزوج بإرسال كتاب

[١١١٦٢] (قوله: "فتح"^(٣)) فإنه قال: ((يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِالْكِتَابِ كَمَا يَنْعَقِدُ بِالْخُطَابِ، وَصَوْرَتُهُ: أَنْ يَكْتُبَ إِلَيْهَا يَخْطُبُهَا، فَإِذَا بَلَغَهَا الْكِتَابُ أَحْضَرَتِ الشُّهُودَ وَقَرَأَتْهُ عَلَيْهِمْ، وَقَالَتْ: زَوَّجْتُ نَفْسِي مِنْهُ، أَوْ تَقُولُ: إِنَّ فُلَانًا كَتَبَ إِلَيَّ يَخْطُبُنِي، فَاشْهَدُوا أَنِّي زَوَّجْتُ نَفْسِي [٣/٩٠] مِنْهُ، أَمَّا لَوْ لَمْ تَقُلْ بِحَضْرَتِهِمْ سَوَى: زَوَّجْتُ نَفْسِي مِنْ فُلَانٍ لَا يَنْعَقِدُ؛ لِأَنَّ سَمَاعَ الشَّطْرَيْنِ شَرْطُ صَحَّةِ النِّكَاحِ، وَيَسْمَعُهُمُ الْكِتَابُ أَوْ التَّعْبِيرُ عَنْهُ مِنْهَا قَدْ سَمِعُوا الشَّطْرَيْنِ بِخِلَافٍ مَا إِذَا اتَّفَقَا، قَالَ فِي "الْمُصَنَّفِ": هَذَا - أَيْ: الْخِلَافُ - إِذَا كَانَ الْكِتَابُ بَلْفِظِ التَّزْوُجِ^(٤)، أَمَّا إِذَا كَانَ بَلْفِظِ الْأَمْرِ - كَقَوْلِهِ: زَوَّجِي نَفْسَكَ مِنِّي - لَا يُشْتَرَطُ إِعْلَامُهَا الشُّهُودَ بِمَا فِي الْكِتَابِ؛ لِأَنَّهَا تَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدَ بِحُكْمِ الْوَكَالَةِ، وَنَقَلَهُ^(٥) عَنْ "الْكَامِلِ"^(٦)، وَمَا نَقَلَهُ مِنْ نَفْيِ الْخِلَافِ فِي صَوْرَةِ الْأَمْرِ لَا شَبَهَةَ فِيهِ عَلَى قَوْلِ "الْمُصَنَّفِ" وَالْمُحَقِّقِينَ، أَمَّا عَلَى قَوْلِ مَنْ جَعَلَ لَفْظَةَ الْأَمْرِ إيجاباً كـ "قَاضِي خَانَ" - عَلَى مَا نَقَلْنَاهُ^(٧) عَنْهُ - فَيَجِبُ إِعْلَامُهَا إِيَّاهُمْ مَا فِي الْكِتَابِ)) اهـ.

(١) في "د" و"و": ((فتولى)).

(٢) "ط": كتاب النكاح ٧/٢.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٩/٣ بتصرف.

(٤) في هامش "أ" زيادة: ((قوله: وهذا الخلاف إذا كان بلفظ التزوج) أي: مثل قوله: تَزَوَّجْتُكَ أَوْ أَتَزَوَّجُكَ مِمَّا كَانَ مِنْ بَابِ التَّفْعِيلِ ماضياً أو مضارعاً، بخلاف ما إذا كان أمراً من باب التَّفْعِيلِ مثل: زَوَّجِي، فالمراد بقوله: بلفظ التزوج ما ليس أمراً بقرينة المقابلة، وقد حُفِيَ هذا على الحموي، فاعترض بأن: زَوَّجِي نَفْسَكَ مثل: زَوَّجِي نَفْسَكَ مِنِّي، فكأنه فهم أن المراد بالتزوج: زَوَّجِي نَفْسَكَ، وهو فهم بعيد. اهـ منه))، وهذه الزيادة مقحمة في صلب "الأصل" من قبل الناسخ.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٩/٣ بتصرف.

(٦) لم نهتد لمعرفة.

(٧) المحقولة [١١١٤٦] قوله: ((وقيل: هو إيجاب)).

ولا (بالإقرار على المختار) "خلاصة"^(١)، كقوله: هي امرأتى؛ لأنَّ الإقرارَ إظهارٌ لما هو ثابتٌ، وليس بإنشاءٍ (وقيل: إنَّ) كان (محضرٌ من الشُّهودِ صَحَّ).....

وقوله: ((لا شبهة فيه إلخ)) قال "الرحمى": ((فيه مناقشة لما تقدّم أنَّ مَنْ قال: إنَّه توكيلٌ يقول: توكيلٌ ضَمِّي، فثبتُ بشروط ما تضمَّنَه، وهو الإيجابُ كما قدَّمناه، ومن شروطِه سماعُ الشُّهود، فينبغي اشتراطُ السَّماع هنا على القولين، إلّا أن يُقال: قد وُجِدَ النصُّ هنا على أنَّه لا يجبُ، فيرجعُ إليه)) اهـ.

(تنبيه)

لو جاء الزوجُ بالكتاب إلى الشُّهود محتوماً، فقال: هذا كتابي إلى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يَجْزُ في قول "أبي حنيفة" حتّى يعلمَ الشُّهودُ ما فيه، وعند "أبي يوسف" يجوزُ، وفائدةُ هذا الخلافُ فيما إذا جحدَ الزوجُ الكتابَ بعد العقدِ، فشهدوا بأنَّه كتابُهِ، ولم يشهدوا بما فيه لا تقبلُ ولا يقضى بالنكاح، وعند "أبي يوسف" تقبلُ ويقضى به، أمّا الكتابُ فصحيحٌ بلا إشهادٍ، وإنما الإشهادُ لتمكُّنِ المرأةِ من إثباتِ الكتابِ إذا جحدَ الزوجُ كما في "الفتح"^(٢) عن "مبسوط شيخ الإسلام".

[١١١٦٣] (قوله: ولا بالإقرار) لا يُنافيه ما صرَّحوا به من أنَّ النكاحَ يثبتُ بالتصادق؛ لأنَّ المراد هنا أنَّ الإقرار لا يكونُ من صيغِ العقدِ، والمرادُ من قوهم: إنَّه يثبتُ بالتصادق أنَّ

(قوله: إلّا أن يُقال: قد وُجِدَ النصُّ هنا على أنَّه إلخ) علمتُ ممَّا نقله أولاً أنَّ المسألةَ خلافيةٌ فيكون صاحبُ "الفتح" هنا جارياً على أحد قولين، وجزمه به يفيدُ ترجيحَهُ.

(١) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الأول في جواز النكاح ق ٧٤/ب.

وفي "د" زيادة: ((عبارة "الخلاصة": رجلٌ وامرأةٌ أقرَّا بالنكاح بين يدي الشهود، وقالوا بالفارسية: (مازان وشوهر)

أي: نحن امرأةٌ ورجلٌ لا ينعقد النكاح بينهما؛ لأنَّه ليس من ألفاظ النكاح)). ق ١٥٠/أ

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٥/٣.

كما يصحُّ بلفظِ الجعلِ (وجعلَ) الإقرارُ (إنشاءً وهو الأصحُّ) "ذخيرة".
(ولا ينعقدُ بـ: تزوّجتُ نصفك على الأصحُّ^(١)).....

القاضي [٣/٩٠ب] يُثَبِّتُهُ به - أي: بالتّصادقِ - ويَحْكُمُ به، "أبو السُّعُود"^(٢) عن "الحانوتي".

[١١١٦٤] (قوله: كما يصحُّ بلفظِ الجعلِ) أي: بأن قال الشُّهُودُ: جَعَلْتُمَا هَذَا نِكَاحًا؟ فقالا: نعم، فَيَعْقِدُ؛ لأنَّ النِّكَاحَ يَنْعَقِدُ بِالْجَعْلِ، حَتَّى لَوْ قَالَتْ: جَعَلْتُ نَفْسِي زَوْجَةً لَكَ، فَقَبِلَ تَمَّ، "فتح"^(٣). ومقتضى التشبيه في عبارة "الشَّارَح" أَنَّ هَذَا صَحِيحٌ عَلَى الْقَوْلَيْنِ، وَهُوَ ظَاهِرٌ.

[١١١٦٥] (قوله: وجعلَ) ماضٍ مَبْنِيٍّ لِلْمَجْهُولِ مَعْطُوفٌ عَلَى ((صَحُّ)).

[١١١٦٦] (قوله: "ذخيرة") فَإِنَّهُ قَالَ: ((ذَكَرَ فِي صُلْحِ "الأصل": ادَّعَى رَجُلٌ قَبْلَ امْرَأَةٍ نِكَاحًا فَجَحَدَتْ، فَصَالَحَهَا عَلَى مِائَةِ عَلَى أَنْ تُقَرَّ بِذَلِكَ فَأَقَرَّتْ فَهَذَا الإقرارُ مِنْهَا جَائِزٌ، وَالْمَالُ لَا زَمَ، وَهَذَا الإقرارُ بِمَنْزِلَةِ إِنْشَاءِ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّهُ مَقْرُونٌ بِالْعَوَضِ، فَهُوَ عِبَارَةٌ عَنْ تَمْلِكِ

٢٦٥/٢

(قوله: أي بأن قال الشُّهُودُ: جَعَلْتُمَا هَذَا نِكَاحًا؟ فقالا: نعم، فَيَعْقِدُ؛ لأنَّ النِّكَاحَ يَنْعَقِدُ بِالْجَعْلِ (إلخ) قال "المقدسي": ((قياسٌ مع الفارق، فَالْجَعْلُ إِنَّمَا يَكُونُ إِنْشَاءً عَقْدٌ لَوْ أُضِيفَ لِلذَّاتِ، أَمَّا لَوْ أُضِيفَ إِلَى عَقْدٍ غَيْرِ صَحِيحٍ وَجُعِلَ صَحِيحًا فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ وَقَعَ النِّكَاحُ بِلَفْظِ الْإِعَارَةِ وَنَحْوِهَا تَمَّا لَا يَصَحُّ، ثُمَّ قَالَا عِنْدَ الشُّهُودِ: جَعَلْنَاهُ نِكَاحًا، وَجُعِلَ مَا لَيْسَ بِشَرْعِيٍّ شَرْعِيًّا غَيْرَ صَحِيحٍ (أه)). وَذَكَرَ فِي "الْحَائِثِيَّة": ((قَالَ لَامْرَأَةٍ: هَذِهِ امْرَأَتِي، فَقَالَتْ: هَذَا زَوْجِي لَا يَكُونُ نِكَاحًا، فَإِنْ قَالَ لَهَا الشُّهُودُ: رَضِيْتُمَا أَوْ أَجَزْتُمَا، فَقَالَا: رَضِينَا أَوْ أَجَزْنَا لَمْ يَكُنْ نِكَاحًا؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَنْفِيذُ الْعَقْدِ وَلَيْسَ بِإِنْشَاءٍ، وَلَوْ قَالَ الشُّهُودُ: جَعَلْتُمَا هَذَا نِكَاحًا، فَقَالَا: نَعَمْ كَانَ نِكَاحًا؛ لِأَنَّ الْجَعْلَ عِبَارَةٌ عَنِ الْإِنْشَاءِ (أه)).

(قوله: وهذا الإقرارُ بِمَنْزِلَةِ إِنْشَاءِ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّهُ مَقْرُونٌ بِالْعَوَضِ (إلخ) يُؤْخِذُ مِنْهُ أَنَّ حَلَّ جَعْلِهِ إِنْشَاءً إِذَا كَانَ مَقْرُونًا بِالْعَوَضِ، وَبِذَلِكَ أَيْضًا مَا فِي "الْفَتْح" - عَلَى مَا نَقَلَهُ "السَّنَدِيُّ" -: ((لَوْ أَقْرَأَ بِالنِّكَاحِ

(١) في "د" و "و": ((في الأصح)).

(٢) "فتح المعين": كتاب النكاح ٥/٢ بتصرف، وفيه: ((شيخنا عن خط الشيخ عبد الباقي المقدسي معزياً للحانوتي)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ١١٥/٣ بتصرف.

احتياطاً، "خانية". بل لا بدّ أن يضيفه إلى كلها.....

مبتدئاً في الحال، فإن كان بمحضٍ من الشهود صحَّ النكاح، وإلا فلا في الأصحَّ) اهـ ملخصاً.
وقال في "الفتح"^(١): ((قال "قاضي خان"^(٢): وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل:
إن أقرَّ بعقدٍ ماضٍ ولم يكن بينهما عقدٌ لا يكون نكاحاً، وإن أقرَّ^(٣) الرجلُ أنه زوجها وهي
أنها زوجته يكون نكاحاً، ويتضمن إقرارهما الإنشاء بخلاف إقرارهما بماضٍ؛ لأنه كذب،
وهو - كما قال "أبو حنيفة" - إذا قال لامرأته: لست لي امرأة ونوى به الطلاق يقع، كأنه
قال: لأني طلقتك، ولو قال: لم أكن تزوجتها ونوى الطلاق لا يقع؛ لأنه كذب محض اهـ،
يعني: إذا لم تقل الشهود: جعلتما هذا نكاحاً، فالحق هذا التفصيل)) اهـ.

(١١١٦٧) (قوله: احتياطاً) قال في "البحر"^(٤): ((وقولهم: إن ذكر بعض ما لا يتجزئ
كذكر كله كطلاق نصفها يقتضي الصحة، وقد ذكر في "المبسوط"^(٥) في موضع جوازه: إلا أن
يقال: إن الفروج يحتاط فيها، فلا يكفي ذكر البعض لاجتماع ما يوجب الحل والحرمة في ذات
واحدة، فترجح الحرمة، كذا في "الخانية"^(٦)) اهـ.

وما صحَّحه في "الخانية" صحَّحه في "الظهريّة"^(٧) أيضاً، ونصّه: ((ولو أضاف النكاح إلى نصف

بمحضٍ من الشهود وكان تزوجها بغير شهود اختلفوا فيه، والأصحُّ أنهما إن سميا المهرَ ينعقد نكاحاً
مبتدئاً كذا في "الدرية" اهـ، والمتبادر من كلام "المصنّف" أن المدار في جعله إنشاءً على مجرد حضور
الشهود اهـ)).

(قوله: قال في "البحر": وقولهم إلخ) عبارته: ((ولو قال: تزوجت نصفك فالأصحُّ عدم الصحة

كما في "الخانية"، وقولهم إلخ)).

(١) "الفتح": كتاب النكاح ١١٥/٣.

(٢) "الخانية": كتاب النكاح ٣٢٢/١ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) ((أقر)) ساقطة من "الأصل".

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٩٠/٣.

(٥) "المبسوط": كتاب الطلاق - باب من الطلاق ٩٠/٦.

(٦) "الخانية": كتاب النكاح ٣٢٨/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "الظهريّة": كتاب النكاح ١/٧٤.

أو ما يُعبرُّ به عن الكلِّ، ومنه الظَّهْرُ والبَطْنُ على الأشبه، "ذخيرة" ورجَّحوا في الطَّلَاقِ خلافه،.....

المرأة فيه روايتان، والصَّحِيحُ أنَّه لا يصحُّ) اهـ.

ثم راجعتُ نسخةً أخرى من "الظَّهيريَّة" فرأيتها كذلك، فمن قال: إنَّه في "الظَّهيريَّة" صحَّحَ الصَّحَّةَ فكأنَّه سَقَطَ من نسخته ((لا)) النافية، فافهم.

[١١١٦٨] (قوله: أو ما يُعبرُّ به عن الكلِّ) كالرَّأْسِ والرَّقِبة، "بحر"^(١).

[١١١٦٩] (قوله: ورجَّحوا في الطَّلَاقِ خلافه) قال في "البحر"^(٢): ((وقالوا: الأصحُّ أنَّه

لو أضافَ الطَّلَاقُ إلى ظَهرِها وبطنِها لا يقع، وكذا العتق، فلو أضافَ النِّكاحُ إلى ظَهرِها وبطنِها ذَكَرَ "الحلواني": قال مشايخنا: الأشبه من مذهب أصحابنا أنَّه يَنعَقِدُ النِّكاحُ، وذَكَرَ "ركنُ الإسلام" و"السَّرْحسي"^(٣) ما يدلُّ [١/١٠٣/٣] على أنَّه لا يَنعَقِدُ النِّكاحُ^(٤)، كذا في "الذخيرة") اهـ.

أقول: وقال في "الذخيرة" أيضاً في كتاب الطَّلَاق: ((وإنَّ قال: ظَهرُكِ طالقٌ أو بَطْنُكِ قال "السَّرْحسي" في "شرحه"^(٥): الأصحُّ أنَّه لا يقع، واستدلَّ بمسألةٍ ذَكَرَها في "الأصل": إذا ظَهرُكِ عليَّ كظَهرِ أُمِّي، أو بَطْنُكِ عليَّ كَبَطْنِ أُمِّي أنَّه لا يصيرُ مُظَاهِراً، وذَكَرَ "الحلواني" في "شرحه": الأشبه بمذهب أصحابنا أنَّه يقع الطَّلَاقُ، قال: وهو نظيرُ ما قال مشايخنا - فيما إذا أُضِيفَ عَقْدُ النِّكاحِ إلى ظَهرِ المرأةِ أو إلى بطنِها -: إنَّ الأشبه بمذهب أصحابنا أنَّه يَنعَقِدُ النِّكاحُ)) اهـ.

(١) "البحر": كتاب النِّكاح ٩٠/٣.

(٢) "البحر": كتاب النِّكاح ٩٠/٣.

(٣) "المبسوط": كتاب الطَّلَاق - باب من الطَّلَاق ٩٠/٦ بتصرف.

(٤) من ((وذَكَرَ)) إلى ((النِّكاح)) ساقط من "٣".

(٥) "المبسوط": كتاب الطَّلَاق - باب من الطَّلَاق ٩٠/٦ بتصرف.

فيحتاج^(١) للفرق (وإذا وُصِلَ الإيجاب بالتسمية) للمهر (كان من تماميه) أي: الإيجاب (فلو قبل الآخر قبله لم يصح) لتوقف أول الكلام على آخره لو فيه ما يُغيّر أوله، ومن شرائط الإيجاب والقبول.....

[١١١٧٠] (قوله: فيحتاج للفرق) كذا قال في "النهر"^(٢)، لكن قد علمت مما نقلناه عن "الذخيرة" أولاً وثانياً أنَّ "الحلواني" الذي صحَّح انعقاد النكاح صحَّح وقوع الطلاق، وأنَّ "السرخسي" الذي لم يصحَّح الانعقاد لم يصحَّح الوقوع، بل صحَّح عدمه، وعلى هذا فلا حاجة للفرق، وبه ظهر أنَّ ما ذكره في "البحر" وتبعه "الشارح" قول ثالث مُلقًى من القولين، ولا يظهر وجهه.

[١١١٧١] (قوله: كان) أي: التسمية، وكذا ضمير ((قبله))، "ح"^(٣)، أي: وتذكير الضمير باعتبار المذكور، أو لأنَّ المراد بالتسمية المسمَّى، أي: المهر.

[١١١٧٢] (قوله: فلو قبل إلخ) قال في "الفتح"^(٤): ((كامراًؤ قالت لرجل: زوّجت نفسي منك مائة دينار، فقبل أن تقول: مائة دينار قبل الزوج لا ينعقد؛ لأنَّ أول الكلام يتوقف على آخره إذا كان في آخره ما يُغيّر أوله، وهنا كذلك، فإنَّ مجرد زوّجت ينعقد بمهر المثل، وذكّر المسمَّى معه يُغيّر ذلك إلى تعين المذكور، فلا يعمل قول الزوج قبله)).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: فيحتاج إلخ، قال في زواهر الجواهر: وقد يُقال: إنَّ الفروج يُخطأ فيها، فلا يكفي ذكر البعض لاجتماع ما يوجب الحل والحرم في ذات واحدة فتزجج الحزمة، وهو مقتضى ما في "الأشباه": إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام، وقد علّل قاضيان بما ذكرنا حيث قال: ولو أضاف النكاح إلى نصف المرأة فيه روايتان، والأصحُّ أنه لا يصحُّ لاجتماع ما يوجب الحل والحرم في ذات واحدة فتزجج الحزمة، أقول: وقد صحَّح في "الظهيرية" أنه ينعقد، فيكون على هذا من فروع قاعدة: ذكّر بعض ما لا يتجزأ كذكر كلو، ومثله في حاشية الحموي، "أبو السعود")). ق ١٥٠/ب.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٢/ب.

(٣) "ح": كتاب النكاح ق ١٥٢/ب.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ١١٠/٣.

اتِّحَادُ الْمَجْلِسِ.....

[١١١٧٣] (قوله: اتِّحَادُ الْمَجْلِسِ) قال في "البحر"^(١): ((فَلَوْ اخْتَلَفَ الْمَجْلِسُ لَمْ يَتَعَقَّدْ، فَلَوْ أَوْجَبَ أَحَدُهُمَا، فَقَامَ الْآخَرُ أَوْ اشْتَغَلَ بِعَمَلٍ آخَرَ بَطُلَ الْإِيجَابُ؛ لِأَنَّ شَرْطَ الْارْتِبَاطِ اتِّحَادُ الزَّمَانِ، فَجُعِلَ الْمَجْلِسُ جَامِعاً تَسِيرُ، وَأَمَّا الْقَوْرُ فَلَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ، وَلَوْ عَقَّدَا وَهَمَا بِمِشْيَانٍ أَوْ يَسِيرَانِ عَلَى الدَّابَّةِ لَا يَجُوزُ، وَإِنْ كَانَ عَلَى سَفِينَةٍ سَائِرَةٍ جَازَ)) اهـ، أي: لأنَّ السَّفِينَةَ فِي حَكْمِ مَكَانٍ وَاحِدٍ.

(فرغ)

قال في "المنية": ((قَالَ: زَوْجَتُكَ بِنْتِي، فَسَكَتَ الْخَاطِبُ، فَقَالَ الصَّهْرُ - أي: أَبُو الْبِنْتِ -: ادْفَعِ الْمَهْرَ، فَقَالَ: نَعَمْ فَهُوَ قَبُولٌ، وَقِيلَ: لَا)) اهـ. وهذا يُؤْهِمُ أَنَّ عِنْدَنَا قَوْلًا بِاشْتِرَاطِ الْقَوْرِ، وَأَنَّ الْمُخْتَارَ عَدَمُهُ، وَأَجَابَ فِي "الفتح"^(٢): ((بَأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ مَنْشَأُ هَذَا الْقَوْلِ مِنْ جِهَةٍ أَنَّهُ كَانَ مُتَّصِفًا بِكَوْنِهِ خَاطِبًا، فَحَيْثُ سَكَتَ

(قوله: فرغ: قال في "المنية": قَالَ: زَوْجَتُكَ بِنْتِي فَسَكَتَ إِيَّاهُ الظَّاهِرُ أَنَّ وَجْهَ عَدَمِ الْإِنْعِقَادِ ب: ((نعم)) في هذه الصورة على القول به خُلُوُّ الْعَقْدِ عَنِ الْقَبُولِ؛ إِذْ لَفْظُهُ ((نعم)) لَمَّا ذُكِرَتْ عَقِبَ قَوْلِهِ: ((ادْفَعِ الْمَهْرَ)) فَهِيَ رَاجِعَةٌ إِلَيْهِ لَا إِلَى الْإِيجَابِ، وَذَكَرَ "السَّنْدِيُّ" عِنْدَ قَوْلِهِ: ((وَعَا) وَضِعَ أَحَدُهُمَا لَهُ)) عَنِ "الذَّخِيرَةِ": ((لَوْ قَالَ لَامْرَأَةٍ: كُونِي امْرَأَتِي بِكَذَا، فَقَبِلَتْ أَنْعَقَدَ، أَمَّا لَوْ قَالَتْ: إِنِّي أَكُونُ امْرَأَةً لَكَ، فَقَالَ: نَعَمْ لَا يَصِحُّ كَمَا فِي "الظَهْرِيَّة" اهـ.))

قلت: وذلك لأنَّ ((نعم)) لَا يَفِيدُ مَعْنَى الْمَاضِي اهـ.

وفي "الهندية" عَنِ "الذَّخِيرَةِ": ((لَوْ قَالَ لَامْرَأَةٍ: كُنْتُ لِي أَوْ صِرْتُ لِي، فَقَالَتْ: نَعَمْ أَوْ صِرْتُ لَكَ كَانَ نِكَاحًا)).

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣، وفيه: ((وَلَوْ كَانَا عَلَى سَفِينَةٍ سَائِرَةٍ)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٤/٣.

لو حاضرين وإن طال كمحيرة، وأن لا يخالف الإيجابُ القبولُ كَقَبِلْتُ النكاحَ لا المهرَ..

ولم يُجِبْ على الفور كان ظاهراً [١٠ق/٣/ب] في رجوعه، فقوله: نَعَمْ بعده لا يفيد بمفرده؛ لا^(١) لأنَّ الفور شرطٌ مطلقاً، والله سبحانه أعلم)) اهـ.

[١١١٧٤] (قوله: لو حاضرين) احتَرَزَ به عن كتابة الغائب؛ لما في "البحر"^(٢) عن "المحيط": ((الفرق بين الكتاب والخِطاب أنَّ في الخِطاب لو قال: قَبِلْتُ في مجلسٍ آخر لم يَحْزُ، وفي الكتاب يجوز؛ لأنَّ الكلام كما وجدَ تلاشى، فلم يتَّصِلْ الإيجابُ بالقبول في مجلسٍ آخر، فأما الكتابُ فقائمٌ في مجلسٍ آخر، وقراءته بمنزلة خطاب الحاضر^(٣)، فاتَّصَلَ الإيجابُ بالقبول فصَحَّ)) اهـ.

ومقتضاه: أنَّ قراءة الكتاب في المجلس الآخر لا بدَّ منها ليحصل الاتصال بين الإيجاب والقبول، وحينئذٍ فاتَّحَا المجلس شرط في الكتاب أيضاً، وإنما الفرقُ هو قيام الكتاب وإمكان قراءته ثانياً، فلو حَذَفَ قوله: ((حاضرين)) كـ "النهر"^(٤) لكان أولى.

والظاهر: أنه لو كان مكان الكتاب رسولٌ بالإيجاب فلم تقبل المرأة، ثم أعاد الرسول الإيجاب في مجلسٍ آخرَ قَبِلْتُ لم يصح؛ لأنَّ رسالته انتهت أولاً بخلاف الكتابة لبقائها، أفادته "الرحمني".

٢٦٦/٢

[١١١٧٥] (قوله: كـ: قَبِلْتُ النكاحَ لا المهرَ) تمثيل للمنفى، أي: إذا قال: تزوجتُك

(قوله: فلو حذف قوله: ((حاضرين)) كـ "النهر" لكان أولى إلخ) المتبادر من اشتراط اتحاد المجلس أنَّ المراد به مجلس المتعاقدين لا مجلس الإيجاب والقبول، فلذا احتاج لذكر قوله: ((لو حاضرين)) فلا يكون حذفه أولى.

(١) ((لا)) ساقطة من "الأصل" ومن عبارة "الفتح"، والصواب إثباتها كما في بقية النسخ، ويدلُّ عليه قوله في "الفتح" قبله: ((وعرف من هذا أنَّ شرط القبول في النكاح المجلس كالبيع، لا الفور خلافاً للشافعي رحمه الله)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٩٠/٣.

(٣) في "أ": ((الحاضرين)).

(٤) "النهر": كتاب النكاح ١٦٢ق/ب.

نعم يصحُّ الخطُّ كزيادة قِبَلَتِها في المجلس،.....

بألفٍ، فقالت: قِبَلْتُ النِّكَاحَ ولا أَقْبَلُ المَهْرَ لا يصحُّ وإن كانت التَّسْمِيَةُ ليست من شروط صحَّة النِّكَاح؛ لأنَّه إنما أَوْجَبَ النِّكَاحَ بِذَلِكَ القَدَرِ المسمَّى، فلو صحَّحنا قبولَها يلزمُ مَهْرُ المِثْلِ، ولم يَرْضَ به بل بما سَمَّى، فيلزمُ ما لم يَلْتَزِمُهُ، بخلاف ما إذا لم يُسمَّ من الأصل؛ لأنَّ غرضَ النِّكَاحِ مَهْرُ المِثْلِ حيث سَكَتَ عنه، ولو قالت: قِبَلْتُ ولم تَرِدْ على ذلك صَحَّ النِّكَاحُ بما سَمَّى، ونمامة في "الفتح" (١).

[١١١٧٦] (قوله: نَعَمْ يصحُّ الخطُّ إلخ) أي: إذا قال: تَزَوَّجْتُكُ بألفٍ، فقالت: قِبَلْتُ بخمسمائة يصحُّ، ويُجَعَلُ كأنَّها قِبَلْتُ الألفَ وحطَّتْ عنه خمسمائة، "بحر" (٢). ولا يحتاج إلى القبول منه؛ لأنَّ هذا إسقاط وإبراء بخلاف الزَّيَادَةِ، كما لو قالت: زَوَّجْتُ نفسي منك بألفٍ، فقال الزَّوْجُ: قِبَلْتُ بألفين صَحَّ النِّكَاحُ بألفٍ إلَّا إِنْ قِبَلْتُ الزَّيَادَةَ في المجلس فيصحُّ بألفين على المفتي به كما في "البحر" (٣)، فصورة الخطِّ من المرأة والزَّيَادَةُ من الزَّوْجِ كما علمت، وهو كذلك في "الذَّخِيرَةُ" و"الخلاصة" (٤)، وقال في "النَّهْر" (٥): ((بخلاف ما إذا زَوَّجَتْ نفسها منه بألفٍ فقبِلَهُ بألفين أو بخمسمائة صَحَّ، وتوقَّفَ قبولُ الزَّيَادَةِ على قبولِها في المجلس على ما عليه الفتوى)) اهـ.

وظاهره أنَّها أَوْجَبَتْ بألفٍ وقِبَلُ الزَّوْجِ بخمسمائة، وهو [١١٣/١] مُشْكِلٌ، فإنَّ الخطَّ

(قوله: فلو صحَّحنا قبولَها يلزمُ مَهْرُ المِثْلِ إلخ) يظهر من هذا أنه إذا كان مَهْرُ المِثْلِ أَقَلَّ يصحُّ العقدُ، وتكونُ المسألة حَيْنِئذٍ من أفراد مسألة الخطِّ.

(قوله: وهو مُشْكِلٌ؛ فإنَّ الخطَّ مِمَّنْ له الحقُّ إلخ) يندفع الإشكالُ بعطفِ قوله: ((أو بخمسمائة))

على قوله: ((بألفٍ المفرد لا على ألفين المثنى)) وهذا هو المتعيَّن في هذه العبارة لتوافق كلامهم.

(١) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٩/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣ معزياً إلى "الذخيرة".

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣ معزياً إلى "التحسيس".

(٤) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الأول في جواز النكاح ق ١٧٤/أ.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٢/ب، وفيه: ((لزوم)) بدل ((قبول)).

وأن لا يكون مضافاً ولا معلقاً كما سيحي^(١)، ولا المنكوحة مجهولة،.....

من له الحق - وهو المرأة - لا من عليه، فالظاهر أنه مما خالف فيه القبول الإيجاب فلا يصح،
يُحرر، أفاده "الرحمى".

[١١١٧٧] (قوله: وأن لا يكون مضافاً) ك: تزوّجتك غداً، ((ولا معلقاً)) أي: على غير
كائن ك: تزوّجتك إن قديم زيد، وقوله: ((كما سيحي^(٢))) أي: الكلام على المضاف والمعلق
قبيل باب الولي.

[١١١٧٨] (قوله: ولا المنكوحة مجهولة) فلو زوج بنته منه وله بنتان لا يصح إلا إذا
كانت إحداها متزوجة فينصرف إلى الفارغة كما في "البرازية"^(٣)، "نهر"^(٤). وفي معناه ما
إذا كانت إحداها محرمة عليه، فليراجع، "رحمى". وإطلاق قوله: ((لا يصح)) دال
على عدم الصحة ولو جرت مقدمات الخطبة على واحدة منهما بعينها^(٥) لتمييز المنكوحة
عند الشهود، فإنه لا بد منه، "رملي".

قلت: وظاهره أنها لو جرت المقدمات على معينة وتميزت عند الشهود أيضاً يصح
العقد، وهي واقعة الفتوى؛ لأن المقصود نفى الجهالة، وذلك حاصل بتعيينها عند العاقدين
والشهود وإن لم^(٦) يصرح باسمها كما إذا كانت إحداها متزوجة، ويؤيده ما سيأتي^(٧)
من أنها لو كانت غائبة وزوجها وكيلها فإن عرفها الشهود وعلموا أنه أرادها كفى ذكر
اسمها، وإلا لا بد من ذكر الأب والجد أيضاً. ولا يخفى أن قوله: زوجت بنتي وله بنتان أقل

(١) "در" ص ١٧٧.

(٢) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الأول في الآلة ١١١/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٢/ب.

(٤) ((بعينها)) ساقطة من "٣".

(٥) ((لم)) ساقطة من "الأصل".

(٦) المذلة [١١٢٠٨] قوله: ((وشرط حضور شاهدين)).

ولا يُشترطُ العلمُ بمعنى الإيجاب والقبول فيما يستوي فيه الجِدُّ والهزلُ؛

إيهاماً من قول الوكيل: زَوَّجْتُ فاطمةً، ويأتي تمام^(١) ذلك عند قوله: ((وحضور شاهدين حرَّين))، وعند قوله: ((غَلِطَ وكيَلها إلخ)).

(تنبيه)

لم يذكُر اشتراطَ تمييزِ الرَّجُلِ من المرأة وقتَ العَقْدِ للخلاف؛ لما في "النَّوْازِل" - في صغيرين قال أبو أحدهما: زَوَّجْتُ بِنْتِي هذه من ابنك هذا وقيل، ثمَّ ظَهَرَ الجاريةُ غلاماً والغلامُ جاريةً: ((جَازَ ذلك))، وقال "العَتَّابِيُّ": ((لا يجوزُ))، "بحر"^(٢). قال "الرَّمْلِيُّ": ((والأكثرُ على الأوَّل)).

قلتُ: وبه عِلْمٌ أن: زَوَّجْتُ وتَزَوَّجْتُ يصلُحُ من الجانبين، وبه صرَّحَ في "الفتح"^(٣) عن "المنية"، ومثله في "البحر"^(٤).

[١١١٧٩] قوله: ولا يُشترطُ إلخ أي: فيما كان بلفظ تزويجٍ ونكاحٍ بخلاف ما كان

قوله: قال "الرَّمْلِيُّ": والأكثرُ على الأوَّل) لكن مقتضى القاعدة المتفق عليها - وهي: أنه إذا وُجِدَت الإشارةُ والتسميةُ واختلفَ الجنسُ أُلِّقَ العِرةُ للتسمية، وأنَّ الذَّكَرَ والأنثى من بني آدم جنسان - عدمُ الانعقاد هنا. قوله: وبه صرَّحَ في "الفتح" عن "المنية" إلخ عبارة "الفتح": ((خُتِيَ مُشْكِلُ زَوْجٍ من خُتَى مُشْكِلٍ برضا الولي، فلما كَبُرَ إذا الزَّوْجِ امرأةٌ والزَّوْجَةُ رجلٌ جازَ نكاحُهما عندي؛ لأنَّ قوله: تزَوَّجْتُكُ يستوي من الجانبين، وفي صغيرين قال أبو أحدهما: زَوَّجْتُ بِنْتِي هذه إلخ، وقال "العَتَّابِيُّ": لا يجوزُ، وفي "المنية": زَوَّجْتُ وتَزَوَّجْتُ يصلُحُ من الجانبين اهـ)).

(١) المقولة [١١٢٠٨] قوله: ((وشرط حضور شاهدين))، والمقولة [١١٢٣٩] قوله: ((لم يصح)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٩١/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٤/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٩١/٣ معرباً إلى "القنية".

كناية؛ لما يأتي^(١) من أنه لا بدَّ فيه من نية أو قرينة وفهم الشهود، لكن قيَّد في "الدُّرر"^(٢) عدم الاشتراط بما إذا علِمَا أنَّ هذا اللَّفْظَ يَتَعَقَّدُ به النِّكَاحُ، أي: وإن لم يَعْلَمَا حَقِيقَةَ معناه، قال في "الفتح"^(٣): ((لو لُقِّنَتِ المرأةُ: زُوِّجَتْ نفسِي بالعَرِيَّةِ ولا تَعْلَمُ معناه، وقِيلَ [١١/٣] والَشُّهُودُ يَعْلَمُونَ ذلك أو لا يَعْلَمُونَ صَحَّ كَالطَّلَاقِ، وقِيلَ: لا^(٤) كالْبَيْعِ، كَذَا فِي "الْخِلَاصَةِ"^(٥)). ومثْلُ هَذَا فِي جَانِبِ الرَّجُلِ إِذَا لُقِّنَهُ وَلَا يَعْلَمُ معناه، وَهَذِهِ مِنْ جَمَلَةِ مَسَائِلِ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالتَّدْبِيرِ وَالنِّكَاحِ وَالْخُلْعِ، فَالثَّلَاثَةُ الْأَوَّلُ وَاقِعَةٌ فِي الْحُكْمِ، ذَكَرَهُ فِي عِتَاقِ الْأَصْلِ" فِي بَابِ التَّدْبِيرِ، وَإِذَا عُرِفَ الْجَوَابُ قَالَ "قَاضِي حَانَ"^(٦): يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ النِّكَاحُ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِمَعْنَى اللَّفْظِ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ لِأَجْلِ الْقَصْدِ، فَلَا يُشْتَرَطُ فِيمَا يَسْتَوِي^(٧) فِيهِ الْجِدُّ وَالْهَزْلُ بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَنَحْوِهِ، وَأَمَّا فِي الْخُلْعِ إِذَا لُقِّنَتْ: اخْتَلَعَتْ نَفْسِي مِنْكَ بِمَهْرِي وَنَفَقَةٍ عِدَّتِي،

(قَوْلُهُ: لَكِنْ قَيَّدَ فِي "الدُّرَرِ" عَدَمَ الْإِشْتِرَاطِ إلخ) وَقَالَ "الْفَتَاوَى": ((وَلَا يُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِالْمَعْنَى، سِوَاءَ كَانَ عَرِيًّا أَوْ عَجَمِيًّا، وَسِوَاءَ عَلِمَا أَنَّهُ يَتَعَقَّدُ بِهِ النِّكَاحُ أَوْ لَا، وَهَذَا قَضَاءٌ، وَأَمَّا دِيَانَةُ فِيلِزْمُ الْعِلْمِ)). وَفِي "الْعِمَادِيَّةِ": ((لَا يَصِحُّ عَقْدٌ مِنَ الْعُقُودِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ مَعْنَاهُ، وَقِيلَ: يَصِحُّ الْجَمِيعُ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ تَمَّا يَسْتَوِي جِلْدُهُ وَهَزْلُهُ يَصِحُّ وَإِلَّا فَلَا، كَالْبَيْعِ. وَقَدْ اخْتَارَ "الشَّارْحُ" هَذَا الْقَوْلَ (هـ))، مِنْ "السُّنْدِيِّ".

(١) "در" ص ٦٣-.

(٢) "الدُّرَرِ": كتاب النكاح ١/٣٢٨.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٩/٣.

(٤) ((لَا)) ساقطة من "الأصل".

(٥) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الأول في جواز النكاح ق ٧٤/ب.

(٦) "الحانية": كتاب النكاح - الباب الأول فيما يتعلق به انعقاد النكاح - الفصل الأول في الألفاظ التي يتعقد بها

النكاح ٣٢٧/١ (هامش الفتاوى الهندية) بتصرف.

(٧) ((فيما يستوي)) ساقط من "٣".

إِذْ لَمْ يَحْتَجْ لِنِيَّةٍ، بِهِ يُفْتَى.

(وإنما يصحُّ بلفظ تزويج ونكاح) لأنهما صريحٌ.....

فَقَالَتْهُ وَلَا تَعْلَمُ مَعْنَاهُ وَلَا أَنَّهُ لَفْظٌ خُلِعَ اِخْتَلَفُوا فِيهِ، قِيلَ: لَا يَصِحُّ، وَهُوَ الصَّحِيحُ، قَالَ "القاضي": وَيَنْبَغِي أَنْ يَقَعَ الطَّلَاقُ وَلَا يَسْقُطَ الْمَهْرُ وَلَا النِّفْقَةُ، وَكَذَا لَوْلَقْنَتْ أَنْ تُبْرِئَهُ، وَكَذَا الْمَدِينُونَ إِذَا لُقْنُ رَبُّ الدِّينِ لَفْظَ الْإِبْرَاءِ لَا يَبْرَأُ)) اهـ.

قلت: وفي فهم الشُّهُودِ اِخْتِلَافٌ تَصَحِيحٌ كَمَا سَيَأْتِي بَيَانُهُ^(١).

[١١١٨٠] (قوله: إِذْ لَمْ يَحْتَجْ لِنِيَّةٍ) بِسُكُونِ ذَالِ ((إِذْ))، فَالْجُمْلَةُ تَعْلِيلٌ لِمَا قَبْلُهَا،

وَضَمِيرُ ((يَحْتَجُّ)) لِـ((مَا)).

[١١١٨١] (قوله: بِهِ يُفْتَى) صَرَّحَ بِهِ فِي "الْبَزَائِيَّة"^(٢)، وَفِي "الْبَحْرِ"^(٣): ((أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ

"التَّجْنِيسِ" يَفِيدُ تَرْجِيحَهُ)).

قلت:^(٤)، وَهُوَ مُقْتَضَى كَلَامِ "الْفَتْحِ" الْمَارِّ^(٥)، وَبِهِ جُزِمَ فِي مَتْنِ "الْمُلْتَقَى"^(٦) وَ"الدَّرَرِ"^(٧)

وَالْوَقَايَةِ"^(٨)، وَذَكَرَ "الشَّارِحُ" فِي "شَرْحِهِ"^(٩) عَلَى "الْمُلْتَقَى": ((أَنَّهُ اِخْتَلَفَ التَّصْحِيحُ فِيهِ)).

[١١١٨٢] (قوله: وَإِنَّمَا يَصِحُّ إِخْلُجَ) عَلِمَ أَنَّ الصَّرِيحَ يَنْعَقِدُ بِهِ النِّكَاحُ بِلاَ خِلَافٍ، وَغَيْرُهُ

عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ: قَسَمٌ لَا خِلَافَ فِي الْاِنْعِقَادِ بِهِ عِنْدَنَا بِلِ الْخِلَافِ فِي خَارِجِ الْمَذْهَبِ، وَقَسَمٌ

(١) الْمُقُولَةُ [١١١٩٢] قَوْلُهُ: ((بِشَرْطِ نِيَّةٍ أَوْ قَرِينَةٍ إِيَّاهُ)).

(٢) "الْبَزَائِيَّة": كِتَابُ النِّكَاحِ - الْفَصْلُ الْأَوَّلُ فِي الْآلَةِ ١٠٩/٤ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

(٣) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ ٩١/٣.

(٤) ((قُلْتُ)) سَاقِطَةٌ مِنَ الْأَصْلِ.

(٥) الْمُقُولَةُ [١١١٧٩] قَوْلُهُ: ((وَلَا يَشَرْطُ إِيَّاهُ)).

(٦) "مُلْتَقَى الْأَجْمَرِ": كِتَابُ النِّكَاحِ ص ٢٣٨..

(٧) "الدَّرَرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ ٣٢٨/١.

(٨) انْظُرْ "شَرْحَ الْوَقَايَةِ": كِتَابُ النِّكَاحِ ١٦٢/١ (هَامِشُ "كَشْفُ الْحَقَائِقِ").

(٩) "الدَّرَرُ الْمُتَقَى": كِتَابُ النِّكَاحِ ٣١٨/١ (هَامِشُ "مَجْمَعُ الْأَنْهَارِ").

(وما) عداهما كناية.....

٢٦٧/٢ فيه خلافٌ عندنا والصَّحِيحُ الانعقادُ، وقسم فيه خلافٌ والصَّحِيحُ عدمُهُ، وقسم لا خلاف في عدم الانعقاد به. فالأوَّلُ ما سيوى لَفْظِي النِّكَاحِ والتَّزْوِيجِ من لَفْظِ الهِبَةِ والصَّدَقَةِ والتَّمْلِيكِ والجَعْلِ نحو: جَعَلْتُ بِنْتِي لَكَ بِالْفِ. والثَّانِي نحو: بَعْتُ نَفْسِي مِنْكَ بِكَذَا أَوْ بِنْتِي، أَوْ اشْتَرَيْتُكَ بِكَذَا، فقالت: نعم، ونحوُ السَّلَمِ والصَّرْفِ والقَرْضِ والصُّلْحِ. والثَّالِثُ كالإِجَازَةِ والوصِيَّةِ. والرَّابِعُ كَالِإِبَاحَةِ، والإِحْلَالِ، والإِعَارَةِ، والرَّهْنِ، والتَّمَتُّعِ، والإِقَالَةِ، والخَلْعِ، أَفَادَهُ في "الفتح" (١).

[١١١٨٣] (قوله: وما عداهما كناية إلخ) في هذا التركيب إخراج المتن عن مدلوله من التصريح بجوازه بهذه الألفاظ، وأوردَ عليه: كيف [١٢٣/٣] صَحَّ بِالْكِنَايَةِ مع اشتراطِ الشَّهَادَةِ فيه، والكناية لا بدَّ فيها من النِّيَّةِ ولا اِطِّلاعَ للشُّهُودِ عليها؟! قال "الزَّيْلَعِيُّ" (٢): ((قلنا: ليست بشرطٍ مع ذِكْرِ المهرِ، وذَكَرَ "السَّرْحَسِيُّ": أنَّها ليست بشرطٍ مطلقاً لعدم اللَّبْسِ، ولأنَّ كلامنا فيما إذا صرَّحاً به ولم يَبْقَ احتمالاً)) اهـ. وللمحقِّقِ "ابن الهمام" فيه بحثٌ طويلٌ يأتي بعضُهُ قريباً (٣).

(قوله: والرَّهْنُ إلخ) جَعَلَهُ الرَّهْنُ مِمَّا لَا يَنْعَقِدُ بِهِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ يُخَالِفُهُ مَا فِي "النَّهْرِ" حَيْثُ حَكَى فِيهِ قَوْلِينَ اهـ "سندي". ولعلَّه لم يَغْيِرِ الْقَوْلَ بِالْإِنْعِقَادِ فِيهِ لِعَدَمِ ظُهُورِ وَجْهِهِ كَمَا يَأْتِي.

(قوله: في هذا التركيب إخراج المتن عن مدلوله إلخ) قد يُقَالُ: غَيَّرَ تَرْكِيبَ الْمَتْنِ لِلإِشَارَةِ إِلَى أَنَّهُ لَا يُدَّ مِنْ أَمْرِ زَائِلٍ عَنْ هَذِهِ الْأَفْظَادِ لِلْإِنْعِقَادِ، كَمَا هُوَ الشَّأْنُ فِي الْكِنَايَةِ؛ فَإِنَّ إِفَادَتَهَا الْمَعْنَى الْكِتَابِيَّةَ تَتَوَقَّفُ عَلَى أَمْرِ زَائِلٍ عَلَى اللَّفْظِ. وَمِنْ الْحُكْمِ عَلَيْهَا بِأَنَّهَا كِنَايَةٌ يُسْتَفَادُ الْإِنْعِقَادُ؛ فَإِنَّهُ لَا مَعْنَى لَكُنْ اللَّفْظُ كِنَايَةً عَنْ شَيْءٍ إِلَّا أَفَادَتَهُ لَهُ، فَفِي كَلَامِهِ فَالْمَدَانِ، وَهَذَا أَوَّلُ مِنَ الْإِقْتِصَارِ عَلَى فَائِدَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ الْإِنْعِقَادُ، فَمَا سَلَكَه "الشَّارِحُ" أَوَّلَى تَمَّا فَعَلَهُ "المُصَنِّفُ"، تَأَمَّلْ.

(١) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٥/٣ - ١٠٨.

(٢) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ٩٧/٢ بتصرف.

(٣) المقولة [١١١٩٢] قوله: ((بشرط نية أو فريضة إلخ)).

وهو كل لفظٍ (وُضِعَ لتَمْلِكُ عَيْنٍ) كاملةً، فلا يصحُّ بالشَّرِكَةِ (في الحال) خَرَجَ الوَصِيَّةُ غَيْرُ المَقْيَدَةِ بالحال.....

[١١١٨٤] (قوله: وهو كل لفظٍ إلخ) أوردَ عليه في "البحر"^(١): ((أنَّهُ يَنْعَقِدُ بِالْفَظِّ غَيْرِ مَا ذَكَرَ مِثْل: كُونِي امْرَأَتِي، وَقَوْلُهَا: عَرَّسْتُكَ نَفْسِي، وَقَوْلُهُ لِمُبَانِتِهِ: رَاجِعْتُكَ بِكَذَا، وَقَوْلُهَا لَهُ: رَدَدْتُ نَفْسِي عَلَيْكَ، وَقَوْلُهُ: صِرْتُ لِي أَوْ صِرْتُ لَكَ، وَقَوْلُهُ: ثَبَتَ حَقِّي فِي مَنَافِعِ بُضْعِكَ))، وَذَكَرَ أَلْفَاظًا أُخَرَ، وَ((أَنَّهُ يَنْعَقِدُ فِي الْكَلِّ مَعَ الْقَبُولِ))، ثُمَّ أَجَابَ: ((بِأَنَّ الْعَبْرَةَ فِي الْعُقُودِ لِلْمَعْنَانِي حَتَّى^(٢) فِي النِّكَاحِ كَمَا صَرَّحُوا بِهِ، وَهَذِهِ الْأَفْظَاءُ تُؤَدِّي مَعْنَى النِّكَاحِ)). وَحَاصِلُهُ أَنَّ هَذِهِ الْأَفْظَاءَ دَاخِلَةٌ فِي النِّكَاحِ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ لَفْظُهُ أَوْ مَا يُؤَدِّي مَعْنَاهُ، تَأْمَلْ. [١١١٨٥] (قوله: وَضِعَ لتَمْلِكُ عَيْنٍ) خَرَجَ مَا لَا يُفِيدُ التَّمْلِكَ أَصْلًا كَالرَّهْنِ وَالْوَدِيعَةِ، وَمَا يُفِيدُ تَمْلِكَ الْمَنْفَعَةِ كَالْإِجَارَةِ وَالْإِعَارَةَ كَمَا يَأْتِي^(٣).

[١١١٨٦] (قوله: كاملةً) صرَّحَ بِمَفْهُومِهِ بِقَوْلِهِ: ((فَلَا يَصَحُّ بِالشَّرِكَةِ))، قَالَ فِي "غَايَةِ الْبَيَانِ": ((وَكَذَا - أَيْ: لَا يَنْعَقِدُ - بِالْفَظِّ الشَّرِكَةِ؛ لِأَنَّهُ يُفِيدُ التَّمْلِكَ فِي الْبَعْضِ دُونَ الْكَلِّ، وَلِهَذَا لَا يَصَحُّ النِّكَاحُ إِذَا قَالَ: زَوَّجْتُكَ نِصْفَ حَارِيَّتِي)).

[١١١٨٧] (قوله: خَرَجَ الوَصِيَّةُ غَيْرُ المَقْيَدَةِ بالحال) بِأَنَّ كَانَتْ مُطْلَقَةً أَوْ مَضَافَةً إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، أَمَّا المَقْيَدَةُ بِالْحَالِ نَحْوُ: أَوْصَيْتُ لَكَ بِبُضْعِ ابْنِي لِلْحَالِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَجَائِزٌ كَمَا حَقَّقَهُ

(قوله: ثُمَّ أَجَابَ بِأَنَّ الْعَبْرَةَ فِي الْعُقُودِ لِلْمَعْنَانِي إلخ) نَعَمْ وَإِنْ كَانَ الْعَبْرَةُ فِي الْعُقُودِ لِلْمَعْنَانِي، وَهَذِهِ الْأَفْظَاءُ تُؤَدِّي مَعْنَى النِّكَاحِ إِلَّا أَنَّهَا لَيْسَتْ صَرِيحَةً فِيهِ، كَلَفَظَهُ، وَلَيْسَتْ كَنَاءَةً عَنْهُ بِالْمَعْنَى الَّتِي قَالَهُ وَهُوَ: ((مَا وَضِعَ لتَمْلِكُ إلخ)) فَلَمْ يَتِمَّ الْجَوَابُ.

(١) "البحر": كتاب النكاح ٩٣/٣ - ٩٤ بتصرف.

(٢) ((حتى)) ساقطة من "الأصل".

(٣) "در" ص ٦٤ - وما بعدها.

في "الفتح" ^(١)، وتبعه في "النهر" ^(٢) قائلًا: ((وارتضاء غير واحد))، وخالفهم في "البحر" ^(٣): ((بأنَّ المعتمد ما أطلقه الشارحون من عدم الجواز؛ لأنَّ الوصية مجاز عن التملك، فلو انعقد بها لكان مجازاً عن النكاح، والجواز لا مجاز له كما في بيوع "العناية" ^(٤))). اهـ. ونقل "الرملي" عن "المقدس": ((أنَّ قوله: إنَّ المجاز لا مجاز له مردود، يعرف ذلك من طالع "أساس البلاغة" ^(٥))). اهـ، أي: كما قرره في: رأيتُ مِشْفَرَ زَيْدٍ من أنَّه مجازٌ بمرتبتين، وكذا في ﴿فَأَذْنَبَهَا اللَّهُ لِيَأْسَ الْجُبُوعَ وَالْخَوْفَ﴾ [النحل- ١١٢].

قلت: لكنَّ قول "المصنّف" كغيره: ((وما وُضِعَ لَتَمْلِكِ العَيْنِ في الحال)) لا يشمل الوصية؛ لأنها موضوعة لَتَمْلِكِ العَيْنِ ^(٦) بعد الموت، فإذا استُعْمِلَتْ في تملكِ العينِ في الحال

(قوله: ونقل "الرملي" عن "المقدس" أنَّ قوله: وأنَّ المجاز لا مجاز له مردود إلخ) الرَّدُّ صحيحٌ إذا كان الفقهاء يقولون بصحة بناء المجاز على المجاز، كأهل البيان فيردُّ عليه بما قاله البيانيون لموافقتهم لهم، وإلا فلا يتمُّ الرَّدُّ بكلامهم على الفقهاء خصوصاً والمسألة خلافية عند أهل البيان، تأمل. على أنَّ ما نقله عن "العناية" دالٌّ على مخالفتهم لأهل البيان.

(قوله: كما قرره في: رأيتُ مِشْفَرَ زَيْدٍ إلخ) فإنَّ المِشْفَرَ اسمٌ لشقَّة البعير فأريدُ به مُطْلَقُ شَقَّةٍ، ثمَّ أُطْلِقَ على شَقَّة زَيْدٍ، وشبَّه ما أصابهم بالشيء المرُّ البشيع بقرينة الإذاعة، ثمَّ شبَّهه باعتبار اشتماله عليهم بالتوب السائب المُشْتَمِل على لابسِه، وأشار إلى التشبيه بلفظ لباس.

(١) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٨/٣ معزياً إلى الكرخي.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٣/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٩٢/٣.

(٤) لم نثر عليها في "العناية" بعد بحث طويل، ولعلها محرقة عن "النهاية"؛ إذ أصل المسألة في "النهاية" كما ذكر في "الفتاوى الهندية" ٢٧٢/١.

(٥) "أساس البلاغة": مادة ((شفر)) وهو لأبي القاسم محمود بن عمر، جاز الله الخوارزمي الزمخشري (ت ٥٣٨هـ). ("كشف الظنون" ٧٤/١، "بغية الوعاة" ٢٧٩/٢، "الفوائد البهية" ص ٢٠٩).

(٦) من ((في الحال)) إلى ((العين)) ساقط من "الأصل".

(كَهَبَةٌ وَتَمْلِيكٌ وَصَدَقَةٌ) وَعَطِيَّةٌ، وَقَرْضٌ،

كانت مجازاً، فلم يصحَّ بها النِّكَاحُ بناءً على أنها لم تُوضَعْ لِلتَّمْلِيكِ في الحال، لا بناءً على أنها [١٢/٣] مجازُ المجازِ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَجَابَ بِأَنْ قَوْلُهُمْ: وَضِعَ بِمَعْنَى اسْتَعْمِلَ، فَيَشْمَلُ الْحَقِيقَةَ وَالْمَجَازَ، أَوْ هُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْمَجَازَ مَوْضُوعٌ بِالْوَضْعِ النَّوْعِيِّ كَمَا أَوْضَحَهُ شَارِحُ "التَّحْرِيرِ"^(١) فِي أَوَّلِ الْفَصْلِ الْخَامِسِ، فَتَأْمَلُ.

[١١١٨٨] (قَوْلُهُ: كَهَبَةٌ) أَي: إِذَا كَانَتْ عَلَى وَجْهِ النِّكَاحِ.

وَاعْلَمْ أَنَّ النِّكَاحَ إِذَا أُمِّمَ أَوْ حُرِّمَ: فَإِذَا أُضِيفَ إِلَيْهِ إِلَى الْأُمِّمَةِ - بِأَنْ قَالَ الرَّجُلُ: وَهَبْتُ أَمَتِي هَذِهِ مِنْكَ - فَإِنْ كَانَ الْحَالُ يَدُلُّ عَلَى النِّكَاحِ مِنْ إِحْضَارِ شَهْوَدٍ وَتَسْمِيَةِ الْمَهْرِ مُعْجَلاً وَمُؤَجَّلاً وَغَيْرِ ذَلِكَ يَنْصَرِفُ إِلَى النِّكَاحِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْحَالُ دَلِيلًا عَلَى النِّكَاحِ فَإِنْ نَوَى النِّكَاحَ وَصَدَّقَهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ فَكَذَلِكَ يَنْصَرِفُ إِلَى النِّكَاحِ بِقَرِينَةِ النَّيَّةِ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ يَنْصَرِفُ إِلَى مِلْكِ الرَّقَبَةِ.

وَإِنْ أُضِيفَتْ إِلَى الْحُرَّةِ فَإِنَّهُ يَتَعَقَّدُ مِنْ غَيْرِ هَذِهِ الْقَرِينَةِ؛ لِأَنَّ عَدَمَ قَبُولِ الْخَلِّ لِلْمَعْنَى الْحَقِيقِيِّ - وَهُوَ الْمِلْكُ لِلْحُرَّةِ - يُوجِبُ الْحَمْلَ عَلَى الْمَجَازِ، فَهُوَ الْقَرِينَةُ، فَإِنْ قَامَتِ الْقَرِينَةُ عَلَى عَدَمِهِ لَا يَتَعَقَّدُ، فَلَوْ طَلَبَ مِنْ امْرَأَةِ الزَّوْنَا، فَقَالَتْ: وَهَبْتُ نَفْسِي مِنْكَ، فَقَالَ الرَّجُلُ: قَبِلْتُ لَا يَكُونُ نِكَاحًا قَبُولِ أَبِي الْبَنْتِ: وَهَبْتُهَا لَكَ لِتَحْلِمَكَ فَقَالَ: قَبِلْتُ، إِلَّا إِذَا أَرَادَ بِهِ النِّكَاحَ، كَذَا فِي "الْبَحْرِ"^(٢)، "ط"^(٣).

[١١١٨٩] (قَوْلُهُ: وَقَرْضٌ) (إِلْح) قَالَ فِي "النَّهْرِ"^(٤): ((وَفِي الصَّرْفِ وَالْقَرْضِ وَالصِّلْحِ وَالرَّهْنِ

(١) "التقرير والتحريم": المقالة الأولى - الفصل الخامس في تقسيم المفرد إلى حقيقة ومجاز - مسألة: واعلم أن الوضع يكون لقاعدة كلية إلح ٤/٢.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٩٢/٣ معزياً إلى "الخانية".

(٣) "ط": كتاب النكاح ٩/٢.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٣/١.

قولان، وينبغي ترجيح انعقاده بالصرف عملاً بالكيفية؛ لما أنه يُفيد^(١) ملك العين في الجملة، وبه يترجح ما في "الصبرية" من تصحيح انعقاده بالقرض وإن رجح في "الكشف"^(٢) وغيره عدمه، وجزم "السرخسي"^(٣) بانعقاده بالصلح والعطية، ولم يحل "الإتقاني" غيرَه، اهـ، وسيأتي^(٤) الكلام على الرهن.

لكن قوله: ((و لم يحل "الإتقاني" غيرَه)) سبق قلم، فإن الذي ذكره "الإتقاني" في "غاية البيان": ((أنه لا يتعقد بالصلح))، وهكذا نقله عنه في "البحر"^(٥)، وعزاه في "الفتح"^(٦) إلى "الأجناس"، ثم نقل كلام "السرخسي".

قلت: وينبغي التفصيل والتوفيق بأن يقال: إن جعلت المرأة بذل الصلح يصح، مثل أن يقول أبو الهيثم لدائنه مثلاً: صالحتك عن ألفك التي لك عليّ بيني هذه، وإن جعلت مصلحاً عنها - بأن قال: صالحتك عن بنتي بألف - لا يصح، وعليه يحمل كلام "غاية البيان"، بدليل أنه علّله بقوله: ((لأن الصلح حطيطة وإسقاط للحق)) اهـ.

ولا يخفى أن الإسقاط إنما هو بالنسبة [١٣/٣] للمصالح عنه، والمقصود ملك المتعة

قوله: لما أنه يُفيد ملك العين في الجملة، وبه يترجح إلخ) وسذكر "المصنف" في فصل في القرض: أن المستقرض يملك القرض بنفس القبض عندهما خلافاً للثاني؛ حيث قال: ((لا يملكه ما دام قائماً)) اهـ. فانعقد النكاح به وعدمه مبني على هذا الخلاف.

قوله: ولا يخفى أن الإسقاط إنما هو بالنسبة إلخ) هو وإن أفاد الإسقاط للمصالح عنه إلا أنه بالنسبة لاخذ البذل لا لدفعه؛ فإنه يفيد الملك في المصالح عنه له فيظهر من هذا ترجيح الاعتقاد به وإن جعلت مصلحاً عنه.

(١) في "ب": ((يفيد)).

(٢) "كشف الأسرار": لعبد العزيز البحاري، باب أحكام الحقيقة والجاز والصريح والكنية ١٢١/٢.

(٣) "المبسوط": كتاب الصلح - باب الصلح في العقار ١٦٠/٢٠ بتصرف.

(٤) المقولة [١١١٩٥] قوله: ((ورهن)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٩٢/٣.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٨/٣.

وسَلِّمَ، واستتجارٍ، وصُلِّحَ، وصَرَفٍ^(١)،

من المرأة لا إسقاطه، فلذا لم يصحَّ، أمَّا بَدَلُ الصُّلْحِ فالمقصودُ مِلْكُهُ أيضاً، فيصحُّ به مِلْكُ المتعة. هذا، ولم أرَ مَنْ تعرَّضَ للخلافِ في العَطِيَّةِ مثل قوله: هي لَكَ عَطِيَّةٌ بكذا؛ لأنَّه بمنزلةِ الهبة، وقد أفتى به في "الخيرية"^(٢)، وأمَّا لفظُ: أعطيتُكَ بنِي بكذا - كما هو الشائع عند الأعراب^(٣) والفلاحين - فيصحُّ به العَقْدُ كما قدَّمناه^(٤) عن "الفتح" عن "شرح الطحاوي"، ويقع كثيراً أنه يقول: جئتُكَ خاطباً ابتتُكَ لنفسِي، فيقول أبوها: هي جاريةٌ في مَطْبَخِكَ، فينبغي أن يصحَّ إذا قصدَ العَقْدَ دون الوَعْدِ أخذاً مما قدَّمناه آنفاً^(٥) عن "البحر" في: وهَبْتُهَا لَكَ لتخدمَكَ، ويؤيده ما في "الذخيرة": ((إذا قال: جَعَلْتُ ابْنِي هذه لَكَ بآلفٍ صحَّ؛ لأنَّه أتى بمعنى النِّكَاحِ، والعبرةُ في العُقُودِ للمعاني دون الألفاظ)) اهـ.

(١١١٩٠) (قوله: وسَلِّمَ واستتجارٍ) هذا إذا جُعِلَتِ المرأةُ رأسَ مالِ السَّلَمِ أو جُعِلَتِ أجرةً، فينعقدُ إجماعاً، أمَّا إن جُعِلَتِ مُسَلِّماً فيها فقييل: لا ينعقدُ؛ لأنَّ السَّلَمَ في الحيوان لا يصحُّ، وقيل: ينعقدُ؛ لأنَّه لو اتَّصَلَ به القبضُ يفيدُ مِلْكَ الرِّقَةِ مِلْكاً فاسداً، وليس كلُّ ما يُفسدُ الحقيقي يُفسدُ مجازيَّه، ورجَّحَهُ في "الفتح"^(٦)، وهو مقتضى ما في المتون، وإن لم تُجْعَلْ

(قوله: وهو مُقتضى ما في المتون إلخ) فيه أنَّ المتونَ ناطقةٌ بالاعتقاد بما وُضِعَ لتمليكِ العين، والسَّلَمُ موضوعٌ لتمليكِ الدِّينِ بالنِّسبةِ للمسلم فيه لا العين.

(١) عبارة "د": ((وقرض وصلح وصرف وعطية وسلم واستتجار))، وعبارة "و": ((وعطية وسلم واستتجار وقرض وصلح وصرف)).

(٢) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح ٢٠/١.

(٣) في "الأصل": ((العرب)).

(٤) المقولة [١١١٥١] قوله: ((إذا لم ينو الاستقبال)).

(٥) المقولة [١١١٨٨] قوله: ((كهبة)).

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٧/٣ بتصرف.

وكل ما تملك به الرقاب بشرط نية أو قرينة، وفهم الشهود المقصود.....

أجرة كقوله: أجزتكَ^(١) ابني بكذا فالصحيح أنه لا ينعقد؛ لأنها لا تفيد ملك العين، أفاده في "البحر"^(٢).

[١١١٩١] (قوله: وكل ما تملك به الرقاب) كالجعل والبيع والشراء، فإنه ينعقد بها كما مر^(٣).

[١١١٩٢] (قوله: بشرط نية أو قرينة إلخ) هذا ما حققه في "الفتح" ردًا على ما قدمناه^(٤) عن "الزيلعي" - حيث لم يجعل النية شرطاً عند ذكر المهر - وعلى "السرخسي" حيث لم يجعلها شرطاً مطلقاً.

وحاصل الرد: ((أن المختار أنه لا بد من فهم الشهود المراد، فإن حكم السامع بأن المتكلم أراد من اللفظ ما لم يوضع له لا بد له من قرينة على إرادته ذلك، فإن لم تكن فلا بد من إعلام الشهود بمراده، ولذا قال في "الدراية" - في تصوير الانعقاد بلفظ الإجارة عند من يحيزه - أن يقول: أجزتُ ابني ونوى به النكاح وأعلم الشهود اهـ، بخلاف قوله: بعثتُ ابني، فإن عدم قبول المحلل للبيع يوجب الحمل على المجازي، فهو قرينة يكتفي بها الشهود، حتى لو كانت المعقود عليها أمة لا بد من قرينة [١٣ق/٣ب] زائدة تدل على النكاح من إحصار الشهود وذكر المهر مؤجلاً أو معجلاً، وإلا فإن نوى وصدقه الموهوب له صح، وإن لم ينو

(قوله: وحاصل الرد أن المختار أنه لا بد من فهم الشهود إلخ) هذا الحاصل شيء آخر؛ فإنه إنسا فيفد أنه لا بد من فهم الشهود المراد على وجه ما ذكره، ولا دلالة فيه على الرد عليهما؛ إذ فهمهم شيء آخر غير النية.

(١) ((أجزتكَ)) ساقط من "٣".

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٩١/٣ - ٩٢، وعزا النقل وتصحيحه في مسألة الأجرة إلى "الفتاوى الظهيرية".

(٣) المقولة [١١١٨٢] قوله: ((وإنما يصح إلخ)).

(٤) المقولة [١١١٨٣] قوله: ((وما عداهما كناية إلخ)).

(لا) يصحُّ (بلفظِ إجارة) ^(١) ^(٢) براءً أو يزاي (وإجارةً ووصيةً) ^(٣)

انصرفَ إلى ملكِ الرقبة كما في "البدائع" ^(٤). والظاهرُ أنه لا بدَّ مع النية من إعلامِ الشهود، وقد رجَّع "شمس الأئمة" إلى التحقيق حيث قال: ولأنَّ كلامنا فيما إذا صرَّحاً به ولم يبقَ احتمالٌ ((اهـ، هذا حاصل ما في "الفتح" ^(٥).

وملخصه: أنه لا بدَّ في كنياتِ النكاح من النية مع قرينة أو تصديق القابل للموجب وفهم الشهود المراد أو إعلامهم به.

[١١١٩٣] (قوله: بلفظِ إجارة) أي: في الأصحَّ ك: آجرتك نفسي بكذا بخلاف لفظ الاستحجار، بأن جعلت المرأة بدلاً مثل: استأجرتُ دارك بنفسي أو بنيتي عند قصدِ النكاح كما مرَّ بيانه ^(٦)، وعبرَ هناك بالاستحجار وهنا بالإجارة إشارةً للفرق المذكور، فلا تكرار، فافهم. [١١١٩٤] (قوله: ووصيةً) أي: غير مقيدة بالحال كما مرَّ ^(٧).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ولا يصحُّ بلفظ الإجارة، أقول: حكى عن الكرخي أنه قال: يتعقد بلفظ الإجارة؛ لأنَّ المملوك بالنكاح منفعة البضع، والإجارة وضعت لتمليك المنفعة، والأصحُّ أنه لا يتعقد؛ لأنَّ الإجارة ما وضعت لتمليك البضع، وإنما وضعت لتمليك المنفعة وقتاً، والنكاح لا يتعقد إلا مؤبداً. قال الإمام السرخسي في شرح الكافي - في صوره -: الاعتقاد بلفظ الإجارة أن يقول إنسانٌ لآخر: آجرتُ ابنتي منك، ونوى به الكفاية، وأعلمُ الشهود الذين حضروا ذلك، وأما إذا جعل الحرَّة أجرةً في الإجارة بأن قال إنسانٌ لآخر: استأجرتُ دارك منك بابنتي هذه، وقبل الآخر، ينبغي أن يتعقد النكاح؛ لأنه روي عن محمد أنه قال: كلُّ لفظٍ تملك الرقاب به يتعقد به النكاح، وهذا كذلك، انتهى. كذا ذكره ابن كمال ويعقوب باشا في شرحه وحاشيته)). ق. ١٥٠/ب.

(٢) في "و": ((إجارة)).

(٣) في "د" زيادة: ((قوله: ووصية، أقول: هذا إذا أطلق أو أضاف إلى ما بعد الموت، أمّا لو قال: أوصيت لك بابنتي في الحال وذلك بحضور من الشهود، ويقول الرجل: قبلت، يتعقد النكاح، كذا في النهاية وغيرها. ولا يخفى أنه على هذا في لفظ المختصر كلاماً، وهو أنه يتعقد النكاح في الصورة المذكورة مع عدم ما وضع لتمليك العين حالاً؛ لأنَّ التمليك في الحال لهما مجاز بقرينة الحال إلا أن يُنَى الكلام على ثبوت الوضع في الجاز، ويُراد من الوضع ها هنا أعمُّ منها، لكنه في غاية البعد، فليتأمل. كذا ذكره يعقوب باشا في حاشيته على أصل الشريعة)). ق. ١٥٠/ب.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح ٢/٢٣١.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ٦/١٠٦.

(٦) المقولة [١١١٩٠] قوله: ((وسلم واستحجار)).

(٧) "در" ص ٨٥.

وَرَهْنٍ وَوَدِيعَةٍ وَنَحْوِهَا مِمَّا لَا يُفِيدُ الْمِلْكَ، لَكِنْ تَثْبُتُ بِهِ الشُّبْهَةُ فَلَا يُحَدُّ، وَلَهَا الْأَقْلُّ مِنَ الْمَسْمُومِ وَمَهْرِ الْمَثَلِ، وَكَذَا تَثْبُتُ بِكُلِّ لَفْظٍ لَا يَتَعَقَّدُ بِهِ النِّكَاحُ، فَلْيَحْفَظْ.....

[١١١٩٥] (قوله: وَرَهْنٍ) فيه اختلافُ المشايخ كما في "البنية"^(١)، وَرَجَّحَ فِي "الْوَلَوَالِجِيَّةِ"^(٢) مَا هُنَا مِنْ عَدَمِ الصَّحَّةِ، وَلَعَلَّ "ابْنَ الْهَمَامِ" لَمْ يَتَّبِعِ الْقَوْلَ الْآخَرَ لِعَدَمِ ظُهُورِ وَجْهِهِ، فَعَدَّ الرَّهْنَ مِنْ قِسْمِ مَا لَا خِلَافَ فِي عَدَمِ الصَّحَّةِ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ الْمِلْكَ أَصْلًا.

[١١١٩٦] (قوله: وَنَحْوِهَا) كِبَابِحَةٍ وَإِحْلَالٍ وَتَمَتُّعٍ وَإِقَالَةٍ وَخُلْعٍ كَمَا قَدَّمَاهُ^(٣) عَنْ "الْفَتْحِ"، لَكِنْ ذَكَرَ فِي "النَّهْرِ"^(٤): ((أَنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يُقَيَّدَ الْآخِرُ بِمَا إِذَا لَمْ تَحْصُلْ بِذَلِكَ الْخُلْعُ، فَإِنْ جُعِلَتْ - كَمَا إِذَا قَالَ أَجْنَبِيٌّ: اخْلَعْ زَوْجَتَكَ بَيْنِي هَذِهِ فَقِيلَ - صَحَّ أَخْذًا مِنْ مَسْأَلَةِ الْإِجَارَةِ)).

[١١١٩٧] (قوله: لَكِنْ تَثْبُتُ بِهِ) أَي: بِنَحْوِ الْمَذْكُورَاتِ.

[١١١٩٨] (قوله: وَكَذَا تَثْبُتُ بِكُلِّ لَفْظٍ لَا يَتَعَقَّدُ بِهِ النِّكَاحُ) هَذَا سَاقِطٌ مِنْ بَعْضِ النُّسخِ، وَهُوَ الْأَحْسَنُ، وَلِذَا قَالَ "ح"^(٥): ((إِنَّهُ مُكَرَّرٌ مَعَ قَوْلِهِ: لَكِنْ تَثْبُتُ بِهِ الشُّبْهَةُ، مَعَ أَنَّ قَوْلَهُ: بِكُلِّ لَفْظٍ لَا يَتَعَقَّدُ بِهِ النِّكَاحُ شَامِلٌ لِلْفَظِّ لَا دَخَلَ لَهُ أَصْلًا كَقَوْلِهِ لَهَا: أَنْتِ صَدِيقَتِي، فَقَالَتْ: نَعَمْ، فَإِنَّهُ يَصْدُقُ عَلَيْهِ أَنَّهُ لَفْظٌ لَا يَتَعَقَّدُ بِهِ النِّكَاحُ، وَمَعَ ذَلِكَ لَا تَثْبُتُ بِهِ الشُّبْهَةُ^(٦) بِخِلَافِ الْعِبَارَةِ الْأُولَى، فَإِنَّهَا وَقَعَتْ بَيَانًا لِنَحْوِ الْمَذْكُورَاتِ فِي "الْمَتَنِ"، فَتَخْتَصُّ بِكُلِّ لَفْظٍ يُفِيدُ الْمِلْكَ وَلَا يَتَعَقَّدُ بِهِ النِّكَاحُ)) اهـ.

(قوله: فَتَخْتَصُّ بِكُلِّ لَفْظٍ يُفِيدُ الْمِلْكَ إلخ) فيه حذفُ ((لَا)) النَّافِيَةِ، وَهِيَ ثَابِتَةٌ فِي "ط"، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْأَصُوبَ مَا فَعَلَهُ "الْمُحَشِّي"، وَأَنَّ الْمَرَادَ مَا يُفِيدُ الْمِلْكَ فِي الْجُمْلَةِ، وَعَلَى إِبْطَائِهَا يَدْخُلُ: أَنْتِ صَدِيقَتِي، تَأْمَلْ.

(١) "البنية": كتاب النكاح ٤/٤٨٦.

(٢) "الولوالجية": كتاب النكاح - الفصل الثالث في الخلوة وحرمة المصاهرة والنسب، والألفاظ التي ينعقد بها النكاح ١/٥٥ ق/١.

(٣) المقولة [١١١٨٢] قوله: ((وَأَمَّا يَصِحُّ إلخ)).

(٤) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٣/١؛ بنصرف، وذكر: أَنَّ هَذَا هُوَ الْأَصَحُّ.

(٥) "ح": كتاب النكاح ق ١٥٣/١.

(٦) عبارة "ح": ((وَمَعَ ذَلِكَ لَا تَثْبُتُ بِهِ الشُّبْهَةُ وَلَا يَنْدُرِي بِهِ الْحُدُّ عَنْهُ)).

(وَأَلْفَاظٍ مُصَحَّفَةٍ ك: تَحَوَّرْتُ) لَصُدُورِهِ لَا عَنْ قَصْدٍ صَحِيحٍ، بَلْ عَنْ تَحْرِيفٍ وَتَصْحِيفٍ، فَلَمْ تَكُنْ ^(١) حَقِيقَةً وَلَا مَجَازًا لِعَدَمِ الْعِلَاقَةِ بَلْ غَلَطًا، فَلَا اعْتِبَارَ بِهِ أَصْلًا،

مطلب: هل ينعقد النكاح بالألفاظ المصحفة نحو: تَحَوَّرْتُ؟

[١١١٩٩] (قوله: وَأَلْفَاظٍ مُصَحَّفَةٍ) مِنَ التَّصْحِيفِ، وَهُوَ تَغْيِيرُ اللَّفْظِ حَتَّى يَتَغَيَّرَ الْمَعْنَى الْمَقْصُودُ مِنَ الْوَضْعِ كَمَا فِي "الْمَصْبَاح" ^(٢)، وَفِي "الْمَغْرِب" ^(٣): ((التَّصْحِيفُ أَنْ يُقْرَأَ الشَّيْءُ عَلَى خِلَافِ [١/١٤ق/٣] مَا أَرَادَهُ كَاتِبُهُ، أَوْ عَلَى غَيْرِ مَا اصْطَلَحُوا عَلَيْهِ)).

[١١٢٠٠] (قوله: ك: تَحَوَّرْتُ) أَي: بِتَقْدِيمِ الْجِيمِ عَلَى الزَّاي، قَالَ فِي "الْمَغْرِب" ^(٤): ((جَازَ الْمَكَانَ وَأَجَازَهُ وَجَاوَزَهُ ^(٥) وَتَجَاوَزَهُ إِذَا سَارَ فِيهِ وَخَلْفَهُ، وَحَقِيقَتُهُ: قَطَعَ جَوَزَهُ، أَي: وَسَطَهُ، وَمِنْهُ: جَازَ الْبَيْعَ أَوْ النِّكَاحَ إِذَا نَفَذَ، وَأَجَازَهُ الْقَاضِي إِذَا نَفَذَهُ وَحَكَمَ بِهِ، وَمِنْهُ الْمَجِيزُ: الْوَكِيلُ أَوْ ^(٦) الْوَصِيُّ؛ لِتَنْفِيزِهِ مَا أَمَرَ بِهِ، وَجَوَّزَ الْحَكَمَ: رَأَاهُ جَائِزًا، وَتَجَوَّزَ الصَّرَافُ الدَّرَاهِمَ: أَنْ يَجْعَلَهَا رَاحَةً جَائِزَةً، وَأَجَازَهُ بِجَائِزَةٍ سَنِيَّةٍ إِذَا أَعْطَاهُ عَطِيَّةً، وَمِنْهَا جَوَائِزُ الْوُفُودِ لِلتَّحْفِ وَاللِّطْفِ، وَتَجَاوَزَ عَنِ الْمَسِيءِ وَتَحَوَّرَ عَنْهُ: أَعْضَى عَنْهُ وَعَفَا، وَتَحَوَّرَ فِي الصَّلَاةِ: تَرَخَّصَ فِيهَا وَتَسَاهَلَ، وَمِنْهُ: تَجَوَّرَ فِي أَخْذِ الدَّرَاهِمِ)) أَهْ مَلْخَصًا.

[١١٢٠١] (قوله: لَصُدُورِهِ لَا عَنْ قَصْدٍ صَحِيحٍ) أَشَارَ بِهِ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ انْعِقَادِهِ

(قوله: مِنَ التَّصْحِيفِ وَهُوَ: تَغْيِيرُ اللَّفْظِ إلخ) وَالْمُرَادُ هُنَا الْخَطَأُ مُطْلَقًا، أَعْمُ مِنْ أَنْ يَكُونَ تَحْرِيفًا أَوْ تَصْحِيفًا، وَذَلِكَ أَنَّ مَا كَانَ مِنَ الْغَلَطِ فِي النِّقْطِ يُسَمَّى تَصْحِيفًا، ك: خَبِيرٌ، مَعْنَى عَلِيمٌ، وَحَبِيرٌ بِالْمَهْمَلَةِ مَعْنَى الْحَرِيرِ، وَمَا كَانَ فِي الشَّكْلِ يُسَمَّى تَحْرِيفًا، ك: سَلِيمٌ مُكَبَّرًا، أَوْ سَلِيمٌ مُصَغَّرًا أَهْ "سِنْدِي".

(١) فِي "د" وَ"و": ((يَكُنْ)).

(٢) "الْمَصْبَاح": مَادَّةُ ((صَحْف)) بِتَصْرِفٍ يَسِيرٍ.

(٣) "الْمَغْرِب": مَادَّةُ ((صَحْف)).

(٤) "الْمَغْرِب": مَادَّةُ ((جَوَز)).

(٥) ((وَجَاوَزَهُ)) سَاقِطَةٌ مِنْ "ت".

(٦) فِي "م" بِالْوَاوِ بَدَلَ ((أَوْ)).

"تلويح".

بلفظ أعجمي* بأن اللغة الأعجمية تصدُر عمَّن تكلم بها عن قصدٍ صحيحٍ بخلاف لفظ التجويز، فإنه يصدُر لا عن قصدٍ صحيحٍ، بل عن تحريفٍ وتصحيفٍ، فلا يكون حقيقةً ولا مجازاً، "منح"^(١) ملخصاً. والتحريف: التَّغْيِيرُ، وهو المراد بالتَّصْحِيفِ كما مرَّ^(٢).

[١١٢٠٢] (قوله: "تلويح") ليس مراده عزو المسألة إلى "التلويح"، بل عزو مضمون التعليل؛ لأنها غير مذكورة فيه ولا في غيره من الكتب المتقدمة، وإنما ذكرها "المصنف" في "منته"، وذكر في شرحه "المنح"^(٣): ((أنه كثر الاستفتاء عنها في عامة الأمصار))، وأنه كتب فيها رسالةً حاصلها: ((اعتماد عدم الانعقاد بهذا اللفظ؛ لأنه لم يُوضع لتمليك العين للحال، وليس لفظ نكاح ولا تزويج، وليس بينه وبين ألفاظ النكاح علاقةٌ مُصححةٌ للمجازية عنها كما استُعيِرَ لفظ الهبة والبيع للنكاح، ومن ثمَّ صرَّحوا بأنه لا ينعقد بلفظ الإحلال والإجارة والوصية؛ لعدم صحة الاستعارة، ولا يصحُّ قياس ذلك على اللغة الأعجمية لعدم القصد الصحيح)) كما مرَّ^(٤)، ثم استشهد لذلك بما ذكره المحقق "السعد التفتازاني" في بحث الحقيقة والمجاز من "التلويح"^(٥)، وهو: ((أن اللفظ المستعمل استعمالاً صحيحاً جارياً على القانون إما حقيقةً أو مجازاً؛ لأنه إن استعمل فيما وُضِعَ له حقيقةً، وإن استعمل في غيره فإن كان لعلاقة بينه وبين الموضوع له فمجازاً، وإلا فمرتجل، وهو أيضاً من قسم [ب/١/٣] الحقيقة؛ لأن الاستعمال الصحيح في الغير بلا علاقة وضعٌ جديدٌ، فيكون اللفظ مُستعملاً فيما وُضِعَ له، فيكون حقيقةً، وقيدنا الاستعمال بالصحيح احترازاً عن الغلط مثل: استعمال لفظ الأرض في السماء من غير قصدٍ إلى وضع جديد)) اهـ.

(١) "المنح": كتاب النكاح ١/١١٣ ب.

(٢) للمقولة [١١١٩٩] قوله: ((وألفاظ مصنفة)).

(٣) "المنح": كتاب النكاح ١/١١٣ أ بتصرف يسير.

(٤) المقولة [١١٢٠١] قوله: ((لصدوره لا عن قصدٍ صحيح)).

(٥) "شرح التلويح على التوضيح": الباب الأول - التقسيم الثاني: في استعمال اللفظ في المعنى في الحقيقة والمجاز والمرتل.

والمقول ٦٩/١ بتصرف.

نعم لو اتَّفَقَ قَوْمٌ عَلَى النُّطْقِ بِهَذِهِ الْغَلْطَةِ وَصَدَرَتْ عَنْ قَصْدٍ كَانَ ذَلِكَ وَضْعاً جَدِيداً فَيَصِحُّ، بِهِ أَفْتَى "أَبُو السُّعُود" ^(١).....

[١١٢٠٣] (قَوْلُهُ: نَعَمْ إِنْ) هَذَا ذِكْرُهُ "الْمُصَنِّفُ" أَيْضاً، حَيْثُ قَالَ ^(٢) عَقِبَ عِبَارَةِ "التَّلْوِيحِ" الْمَذْكُورَةِ: ((نَعَمْ لَوْ اتَّفَقَ قَوْمٌ عَلَى النُّطْقِ بِهَذِهِ الْغَلْطَةِ بِحَيْثُ إِنَّهُمْ يَطْلُبُونَ بِهَا الدَّلَالَهَ عَلَى جِلِّ الِاسْتِمَاعِ، وَتَصَدَّرَ عَنْ قَصْدٍ وَاخْتِيَارٍ مِنْهُمْ فَلِلْقَوْلِ بِانْعِقَادِ النِّكَاحِ بِهَا وَجْهٌ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّهُ - وَالْحَالَةُ هَذِهِ - يَكُونُ وَضْعاً جَدِيداً مِنْهُمْ، وَبِانْعِقَادِهِ بَيْنَ قَوْمٍ اتَّفَقَتْ كَلِمَتُهُمْ عَلَى هَذِهِ الْغَلْطَةِ أَفْتَى شَيْخُ الْإِسْلَامِ "أَبُو السُّعُود" مُفْتِي الدِّيَارِ الرُّومِيَّةِ، وَأَمَّا صُدُورُهَا لَا عَنْ قَصْدٍ إِلَى وَضْعٍ جَدِيدٍ - كَمَا يَقَعُ مِنْ بَعْضِ الْجَهْلَةِ الْأَعْمَارِ - فَلَا اعْتِبَارَ بِهِ، فَقَدْ قَالَ فِي "التَّلْوِيحِ" ^(٣): إِنَّ اسْتِعْمَالَ اللَّفْظِ فِي الْمَوْضُوعِ لَهُ أَوْ غَيْرُهُ طَلَبُ دَلَالَتِهِ عَلَيْهِ وَإِرَادَتِهِ مِنْهُ، فَمَجَرَّدُ الذِّكْرِ لَا يَكُونُ اسْتِعْمَالاً صَحِيحاً، فَلَا يَكُونُ وَضْعاً جَدِيداً)) اهـ.

وحاصلُ كلامِ "المُصَنِّفِ": أَنَّهُ إِنْ اتَّفَقُوا عَلَى اسْتِعْمَالِ التَّجْوِيزِ فِي النِّكَاحِ بَوْضْعٍ جَدِيدٍ قَصْداً يَكُونُ حَقِيقَةً عُرْفِيَّةً مِثْلَ الْحَقَائِقِ الْمُرْتَجَلَةِ، وَمِثْلَ الْأَلْفَافِ الْأَعْجَمِيَّةِ الْمَوْضُوعَةِ لِلنِّكَاحِ، فَيَصِحُّ بِهِ الْعَقْدُ لَوْجُودِ طَلَبِ الدَّلَالَةِ عَلَى الْمَعْنَى الْمُرَادِ وَإِرَادَتِهِ مِنَ اللَّفْظِ قَصْداً، وَإِلَّا فِذِكْرُ هَذَا اللَّفْظِ بِدُونِ مَا ذُكِرَ لَا يَكُونُ حَقِيقَةً لِعَدَمِ الْوَضْعِ، وَلَا بِمَجَازٍ لِعَدَمِ الْعَلَاقَةِ، فَلَا يَصِحُّ بِهِ الْعَقْدُ لِكُونِهِ غَلْطاً كَمَا أَفْتَى بِهِ "الْمُصَنِّفُ" تَبْعاً لِشَيْخِهِ الْعَلَمَاءِ "ابْنِ نَجِيمٍ" وَمُعَاصِرِيهِ، لَكِنْ أَفْتَى بِخِلَافِهِ الْعَلَمَاءُ "الْخَيْرُ الرَّمْلِيُّ" فِي "الْفَتَاوَى الْخَيْرِيَّةِ" ^(٤)، وَنَازَعَ "الْمُصَنِّفُ" فِيمَا اسْتَشْهَدَ بِهِ،

(قَوْلُهُ: الْأَعْمَارُ) فِي "الْقَامُوسِ": ((الْعَمْرُ مِنَ النَّاسِ: جَمَاعَتُهُمْ وَلَفِيفُهُمْ، وَمَنْ لَمْ يُجَرِّبِ الْأُمُورَ اهـ)).

(١) "فتح المعين": كتاب النكاح ٨/٢ نقلاً عن المفتي "أبي السعود".

(٢) "المنهج": كتاب النكاح ١/ق ١١٣ ب.

(٣) "شرح التلويح على التوضيح": الباب الأول - التقسيم الثاني في استعمال اللفظ في المعنى في الحقيقة والمجاز والمرتبيل والمنقول ٧١/١ بتصرف.

(٤) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح ٢٠/١.

وكذا نازعه في "حاشيته" على "المنح": ((بأنه لا دخل لبحث الحقيقة والحجاز المرتب على عدم العلاقة))، وقد أقر "المصنف": ((بأنه تصحيح))، فكيف يتجه ذكر نفى العلاقة؟! بل نسلّم كونه تصحيحاً بإبدال حرف مكان حرف، فلو صدر من عارف لا ينعقد به، وهو محل فتوى الشيخ "زين بن نجيم" ومعاذيره، فيقع التلليل في محله حينئذ. والمسألة [١٥٠/٣] لم يوجد فيها نقل بخصوصها عن المشايخ، فصارت حادثة الفتوى، وقد صرح الشافعية^(١) بأنه لا يضر من عامي إبدال الرأي جيماً وعكسه مع تشديدهم في النكاح، بحيث لم يجوزوه إلا بلفظ الإنكاح والتزويج، والإفتاء بحسب الإنهاء، فإذا سُئل المفتي: هل ينعقد بلفظ التحوير؟ يجيب ب: لا؛ لعدم التعرض لذكر التصحيح، والأصل عدمه، وإذا سُئل في عامي قدّم الجيم على الرأي بلا قصد استعارة لعدم علمه بها، بل قصد حل الاستمتاع باللفظ الوارد شرعاً، فوقّع له ما ذكر ينبغي فيه موافقة الشافعية، وبالأولى فيما إذا اتفقت كلمتهم على هذه الغلطة كما قطع به "أبو السعود"^(٢). وقد صرحوا بعدم اعتبار الغلط والتصحيح في مواضع، فأوقعوا الطلاق بالألفاظ المصحفة مع اشتراك الطلاق والنكاح في أن جدهما جدّ وهزلهما جدّ وخطر الفروج، وأفتوا بالوقوع في: عليّ الطلاق، وأنه تعليق يقع به الطلاق عند وقوع

(قوله: وكذا نازعه في حاشيته على "المنح" بأنه لا دخل لبحث الحقيقة والحجاز إلخ) عبارته في "الفتاوى": ((ولا^(٣) شك أن الصادر من الجهلة الأغمار تصحيح لا دخل لبحث الحقيقة والحجاز، ولا لنفي الاستعارة المرتب على عدم العلاقة فيه المصرح به في كلام "الغزي"؛ إذ معناه الأصلي وهو التسوية، أو جعله ماراً غير ملاحظ لهم أصلاً إلخ)).

(١) انظر "تحفة المحتاج": كتاب النكاح ٢١٩/٧ (هامش "حواشي الشرواني وابن قاسم)، و"نهاية المحتاج": كتاب النكاح ٢١١/٦.

(٢) مرت ترجمته ٥٥/١.

(٣) في المطبوعة ((لأن))، وما أثبتناه هو الصواب الموافق لما في "الفتاوى الخيرية".

وَأَمَّا الطَّلَاقُ فَيَقَعُ بِهَا قَضَاءٌ^(١) كَمَا فِي أَوَائِلِ "الْأَشْبَاهِ"^(٢) (و) لَا (بِتَعَاطٍ).....

الشَّرْطُ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مَنْزِلَةً: إِنْ فَعَلْتَ فَأَنْتَ كَذَا، وَمِثْلُهُ: الطَّلَاقُ يُلْزِمُنِي لَا أَفْعَلُ^(٣) كَذَا مَعَ كَوْنِهِ غَلْطًا ظَاهِرًا لُغَةً وَشَرْعًا؛ لِعَدَمِ وَجُودِ رَكْبِهِ وَعَدَمِ مَحَلِّيَةِ الرَّجُلِ لِلطَّلَاقِ، وَقَوْلُ "أَبِي السُّعُودِ": ((إِنَّهُ -أَي: هَذَا الطَّلَاقُ- لَيْسَ بِصَرِيحٍ وَلَا كِتَابِيَّةٍ)) نَظَرًا لِحَرْدِ اللَّفْظِ لَا إِلَى الِاسْتِعْمَالِ الْفَاشِي؛ لِعَدَمِ وَجُودِهِ فِي بِلَادِهِ، فَإِذَا لَمْ نَعْتَبِرْ هَذَا الْغَلْطَ الْفَاحِشَ لَزِمَنَا أَنْ لَا نَعْتَبِرَهُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ مَعَ فُشُوِّ اسْتِعْمَالِهِ وَكَثَرَةِ دَوْرَانِهِ فِي أَلْسِنَةِ أَهْلِ الْقُرَى وَالْأَمْصَارِ، بَحِثْ لَوْ لَقَّنْ أَحَدَهُمُ التَّزْوِيجَ لَعَسَرَ عَلَيْهِ النَّطْقُ بِهِ، فَلَا شَكَّ أَنَّهُمْ لَا يَلْمَحُونُ اسْتِعَارَةَ لَزْدٍ مَلَمَحَهُمْ بِعَدَمِ الْعِلَاقَةِ، بَلْ هُوَ تَصْحِيفٌ عَلَيْهِمْ فَشًّا فِي لِسَانِهِمْ، وَقَدْ اسْتَحْسَنَ بَعْضُ الْمَشَايخَ عَدَمَ فُسَادِ الصَّلَاةِ بِإِدْبَالِ بَعْضِ الْحُرُوفِ وَإِنْ لَمْ يَتَقَارَبِ الْمَخْرَجُ؛ لِأَنَّ فِيهِ بَلَوَى الْعَامَّةَ، فَكَيْفَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ؟! اهـ مَلْخَصًا.

[١١٢٠٤] قَوْلُهُ: وَأَمَّا الطَّلَاقُ فَيَقَعُ بِهَا (إِلخ) أَي: بِالْأَلْفَاظِ الْمَصْحُفَةِ كَسَلَاقٍ وَتَلَاكٍ وَطَلَاكٍ وَطَلَاغٍ وَتَلَاغٍ. قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٤): ((فَيَقَعُ قَضَاءً، وَلَا يُصَدَّقُ إِلَّا إِذَا أَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ قَبْلَ التَّكْلُمِ، بَأَنَّ قَالَ: امْرَأَتِي تَطْلُبُ مِنِّي الطَّلَاقَ وَأَنَا لَا أَطْلُقُ فَأَقُولُ هَذَا، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْعَالِمِ [١٥٠٣/ب] وَالْجَاهِلِ، وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى)) اهـ.

ثُمَّ إِنَّهُ لَا فَرْقَ يَظْهَرُ بَيْنَ النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ، وَقَدْ اسْتَدَلَّ "الْخَيْرُ الرَّمْلِيُّ" عَلَى ذَلِكَ بِمَا قَدَّمَاهُ^(٥) مِنْ قَوْلِ "قَاضِي خَانَ": ((إِنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ النِّكَاحُ كَالطَّلَاقِ وَالْعِتَاقُ فِي أَنَّهُ لَا يَشْتَرِطُ الْعِلْمُ، مَعْنَاهُ: لِأَنَّ الْعِلْمَ، مُمْضُونَ اللَّفْظِ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ لِأَجْلِ الْقَصْدِ، فَلَا يَشْتَرِطُ فِيمَا يَسْتَوِي فِيهِ الْجِدُّ وَالْهَزْلُ)) اهـ.

(١) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((قَوْلُهُ: مَقْتَضَى مَا مَرَّ عَنْ أَبِي السُّعُودِ وَقَوَعُهُ دِيَانَةٌ إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إِذَا وَقَعَ قَضَاءٌ يَقَعُ دِيَانَةٌ بِالْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ قَاصِدُ الْإِقْبَاقِ. ق ١٥١/أ).

(٢) "الْأَشْبَاهُ وَالظَّاهِرَاتُ": الْقَاعِدَةُ الْأُولَى: لَا ثَوَابَ إِلَّا لِلنِّبْيَةِ، بَيَانُ مَا تَكُونُ النِّبْيَةُ فِيهِ شَرْطًا، وَمَا لَا تَكُونُ ص ١٠١.

(٣) ((لَا أَفْعَلُ)) سَاقِطٌ مِنَ "الْأَصْلِ".

(٤) "الْبَحْرِ": كِتَابُ الطَّلَاقِ ٢٧١/٣.

(٥) الْمَقُولَةُ [١١١٧٩] قَوْلُهُ: ((وَلَا يَشْتَرِطُ...)).

قال: ((فإذا عَلِمْنَا أَنَّ الطَّلَاقَ واقعٌ مع التَّصْحِيفِ فينبغي أن يكون النِّكَاحُ نافذاً معه أيضاً)) اهـ.

قلتُ: وأما الجوابُ بأنَّ وقوع الطَّلَاقِ للاحتياطِ في الفُرُوجِ فهو مشتركٌ الإلزامِ، على أَنَّهُ لا احتياطٌ في التَّفريقِ بعد تَحَقُّقِ الرُّوجِيَّةِ. مَحَرَّرَ التَّلْفِظُ بلفظِ مُصَحِّفٍ أو مَهْمَلٍ لا معنى له، بل الاحتياطُ في بقاء الرُّوجِيَّةِ حَتَّى يَتَحَقَّقَ المَزِيلُ، فلولا أَنَّهُم اعتبروا القصدَ بهذا اللَّفْظِ المصحَّفِ بدونِ وضعٍ جديدٍ ولا علاقةٍ لم يُوقِعُوا به الطَّلَاقَ؛ لأنَّ اللَّفْظَ^(١) الخارجَ عن الحقيقةِ والمجازِ لا معنى له، فَعِلِمَ أَنَّهُم اعتبروا المعنى الحقيقيَّ المرادَ، ولم يَعْتَبِرُوا تحريفَ اللَّفْظِ، بل قولهم: يقع بها قضاءٌ يفيدُ أَنَّهُ يُقْضَى عليه بالوقوعِ وإن قال: لم أرِدْ بها الطَّلَاقَ حملاً على أَنَّها من أقسامِ الصَّرِيحِ، ولذا قَيَّدَ تصديقُه بالإشهادِ، فبالأولى إذا قال العامِّيُّ: ((جَوَزْتُ)) بتقديمِ الجِمْ، أو ((زَوَّزْتُ)) بالزَّاي بدلِ الجِمْ قاصداً به معنى النِّكَاحِ يَصِحُّ ويدلُّ عليه أيضاً ما قدَّمناه^(٢) عن "الذَّخِيرَةِ": ((من أَنَّهُ إذا قال: جَعَلْتُ بَنِي هَذِهِ لَكَ بِأَلْفٍ صَحٍّ؛ لَأَنَّهُ أَتَى بمعنى النِّكَاحِ، والعيَّةُ في العُقُودِ للمعاني دون الألفاظِ))، فهذا التعليلُ يدلُّ على أَنَّ كُلَّ ما أفادَ معنى النِّكَاحِ يُعْطَى حكمُه، لكن إذا كان بلفظِ نِكَاحٍ أو تزويجٍ أو ما وُضِعَ لتلميلِكِ العَيْنِ للحالِ، ولا شكَّ أَنَّ لفظَ ((جَوَزْتُ)) أو ((زَوَّزْتُ)) لا يَفْهَمُ منه العاقدان والشُّهُودُ إلَّا أَنَّهُ عبارةٌ عن التَّزْوِيجِ، ولا يُقْصَدُ منه إلَّا ذلك المعنى بحسبِ العُرْفِ، وقد صرَّحُوا بأنَّهُ يُحْمَلُ كلامُ كُلِّ عاقِدٍ وحالِفٍ وواقِفٍ على عُرْفِهِ، وإذا وَقَعَ الطَّلَاقُ بالألفاظِ المصحَّفةِ - ولو مِن عالِمٍ كما مرَّ^(٣) وإن لم تكن مُتعارفةً كما هو ظاهرُ إطلاقِهِم فيها - يَصِحُّ النِّكَاحُ من العَوَامِّ بالمصحَّفةِ [١٦٣/١] المتعارفةِ بالأولى، والله تعالى أعلم.

(١) في "ب" و "م" و "ن": ((الغلط)).

(٢) المقالة [١١١٨٩] قوله: ((وقرض الخ)).

(٣) المقالة [١١١٩٩] قوله: ((والألفاظ مصحفة)).

احتراماً للفروج^(١).

(وشرط سماع كل من العاقدَيْن لفظ الآخر) ليتحقق رضاهما.....

(تنبيه)

عَلِمَ مما قرَّرناه جواز العقد بلفظ ((أَزَوَجْتُ)) بالهمزة في أوَّلِهِ خلافاً لما ذكره السيّد "محمد أبو السُّعُود"^(٢) في "حاشية مسكين" عن "شيخه" من عدم الجواز معللاً: ((بأنه لم يجدّه في كتب اللُّغة، فكان تحريفاً وغلطاً)).

[١١٢٠٥] (قوله: احتراماً للفروج) أي: لِيُحْطَرَّ أمرُها وشِدَّةُ حُرْمَتِها، فلا يصحُّ العقدُ عليها إلّا بلفظٍ صريحٍ أو كناية.

[١١٢٠٦] (قوله: سَماعُ كلٍّ) أي: ولو حكماً كالكتابِ إلى غائبةٍ؛ لأنَّ قراءتَهُ قائمةٌ بمَقامِ الخطابِ كما مرَّ^(٣)، وفي "الفتح"^(٤): ((يَتَعَقَّدُ النِّكَاحُ مِنَ الْاُخْرَسِ إِذَا كَانَتْ لَهُ إِشَارَةٌ مَعْلُومَةٌ)).

[١١٢٠٧] (قوله: ليتحقق رضاهما) أي: لِيَصْدُرَ مِنْهُمَا ما مِنْ شَأْنِهِ أَنْ يَدُلَّ عَلَى الرِّضَا^(٥)؛

(قول "الشَّارَح" ليتحقق رضاهما) هذه العلةُ قاصرةٌ؛ فإنَّه إذا أوجبَ الرَّجُلُ مُسْمِعاً لها، وقِيلَتْ غيرُ مُسْمِعَةٍ له فبَرَأَها فقد صَدَرَ مِنْهُمَا ما مِنْ شَأْنِهِ أَنْ يَدُلَّ عَلَى الرِّضَا، ومع هذا لا يَتَعَقَّدُ النِّكَاحُ، تأمَّل. (قوله: لأنَّ قراءتَهُ قائمةٌ بمَقامِ الخطابِ إلخ) الظاهرُ أنَّ مسألةَ الكتابةِ مُسْتَنَاةٌ مِنْ اشْتِراطِ سَماعِ كلٍّ مِنَ الْعاقِدَيْنِ لَفْظَ الْآخَرِ؛ لأنَّ الْقِراءَةَ وإن أُقيمتْ مُقامُ الْخطابِ لم يُوجَدْ مِنَ الْكاتبِ سَماعُ الْقَبُولِ مِنَ الْآخَرِ لا حَقِيقَةً ولا حُكْماً، وإن وُجِدَ مِنَ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ السَّماعُ حُكْماً بِالْقِراءَةِ.

(١) في "ب": ((للفرج)).

(٢) "فتح المعين": كتاب النكاح ٨/٢ معزياً إلى "التلويح" نقلاً عن والده.

(٣) المقولة [١١١٦٢] قوله: ((فتح)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٣/٣.

(٥) في "ب": ((الرضاء)).

إذ حقيقة الرضا غير مشروطة في النكاح؛ لصحته مع الإكراه والهرل، "رحمتي". وذكر السيد "أبو السعود"^(١): ((أَنَّ الرضا^(٢) شرطٌ من جانبها لا من جانب الرجل))، واستدل لذلك بما صرح به "القهستاني"^(٣) في المهر من فساد العقد إذا كان الإكراه من جهتها.

وأقول: فيه نظر، فإنه ذكر في "النقاية"^(٤): ((أَنَّ فِي النكاح الفساد لا يجبُ شيءٌ إن لم يَطأها، وإن وَطئها وجبَ مهرُ المثل))، فقال "القهستاني"^(٥) - عند قوله: ((في النكاح الفاسد)) - : ((أَي: الباطل كالنكاح للمحارم المؤبدة أو المؤقتة، أو بإكراه من جهتها إلخ))، فقوله: ((من جهتها)) معناه: أنها إذا أكرهت الزوج على التزوج بها لا يجب لها عليه شيء؛ لأن الإكراه جاء من جهتها، فكان في حكم الباطل لا باطلاً حقيقة، وليس معناه أنَّ أحداً أكرهها على التزوج، ونظير هذه المسألة ما قالوه في كتاب الإكراه من أنه لو أكره على طلاق زوجته قبل الدخول بها لزمه نصف المهر، ويرجع به على المكره إن كان المكره له^(٦) أجنبياً، فلو كانت الزوجة هي التي أكرهته على الطلاق لم يجب لها شيء، نص عليه "القهستاني"^(٧) هناك أيضاً. وأما ما ذكر من: ((أَنَّ نكاح المكره صحيحٌ إن كان هو الرجل، وإن كان هو المرأة فهو فاسد)) فلم أر من ذكره وإن أوهم كلام "القهستاني" السابق^(٨)

(قوله: لا يجب لها عليه شيء إلخ) أي: فيما لو طلقت قبل الدخول، أو لم يَطأها.

(١) "فتح المعين": كتاب النكاح ٧/٢.

(٢) في "ب" و"ب": ((الرضا)).

(٣) "جامع الرموز": كتاب النكاح ٢٨٨/١.

(٤) انظر "شرح النقاية" لملا علي القاري: كتاب النكاح - فصل: أقل المهر عشرة دراهم ص ٥٨٦-٥٨٧.

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح ٢٨٨/١.

(٦) (له) ساقطة من "الأصل".

(٧) "جامع الرموز": كتاب الإكراه ٣٧١/٢ معزياً إلى "الظهرية".

(٨) في المقولة نفسها.

(و) شَرِطَ (حضور) شاهدين.....

ذلك، بل عباراتهم مُطْلَقَةٌ في أنَّ نكاح المكره صحيحٌ كطلاقه وعتقه مما يصحُّ مع الهزل، ولفظ المكره شاملٌ للرجل والمرأة، فمن ادَّعى التخصيصَ فعليه إثباته بالنقل الصريح، نعم فرَّقوا بين الرجل والمرأة في الإكراه على الزنا في إحدى الروايتين، [٣/١٦٣ ب] ثم رأيتُ في إكراه "الكافي" ^(١) لـ "الحاكم الشهيد" ما هو صريحٌ في الجواز، فإنه قال: ((ولو أُكْرِهَتْ عَلَى أَنْ تَزَوَّجَتْه بِأَلْفٍ وَمَهْرٍ مِثْلِهَا عَشْرَةُ آلَافٍ فزَوَّجَهَا ^(٢) أُولَئِهَا مُكْرَهِينَ فَالنَّكَاحُ جَائِزٌ، وَيَقُولُ الْقَاضِي لِلزَّوْجِ: إِنَّ شَتَّى أَلْتِمَ لَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا وَهِيَ امْرَأَتُكَ إِنْ كَانَ كُفْئاً لَهَا، وَإِلَّا فَرَّقْ بَيْنَهُمَا وَلَا شَيْءَ لَهَا (إِلْخ))، فافهم.

٢٧١/٢

[١١٢٠٨] [قوله]: وشَرِطَ حُضُورَ شاهدين أي: يشهدان على العقد، أمَّا الشَّهادةُ على التَّوكيلِ بالنَّكاحِ فليست بشرط لصحيته كما قدَّمناه ^(٣) عن "البحر"، وإنما فائدتها الإثباتُ عند جُحُودِ التَّوكيلِ. وفي "البحر" ^(٤): ((قَدْ نَدَّ الإِشْهَادُ بِأَنَّهُ خَاصٌّ بِالنَّكَاحِ لِقَوْلِ "الإِسْبِيحَانِي": وَأَمَّا سَائِرُ الْعُقُودِ فَتَنْفُذُ بِغَيْرِ شَهَوْدٍ، وَلَكِنَّ الإِشْهَادَ عَلَيْهِ مُسْتَحَبٌّ لِلآيَةِ اهـ. وفي "الواقعات": أَنَّهُ وَاجِبٌ فِي الْمَدَائِنِ، وَأَمَّا الْكِتَابَةُ فَقِي عَتَقَ "الْحَيْطُ": يُسْتَحَبُّ أَنْ يَكْتُبَ لِلْعَتَقِ كِتَاباً وَيُشْهَدَ عَلَيْهِ صِيَانَةً عَنِ التَّجَاوُزِ كَمَا فِي الْمَدَائِنِ بِخِلَافِ سَائِرِ التَّجَارَاتِ لِلحَرَجِ؛ لِأَنَّهَا يَكْثُرُ وَقُوعُهَا اهـ. وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ النِّكَاحُ كَالْعَتَقِ؛ لِأَنَّهُ لَا حَرَجَ فِيهِ)) اهـ.

(تنبيه)

أشارَ بقوله فيما مرَّ ^(٥): ((ولا المنكوحَةُ مجهولةٌ)) إلى ما ذكره في "البحر" ^(٦) هنا بقوله:

(قوله: زَوَّجَهَا أُولَئِهَا (إِلْخ) لعلَّ فيه حذفٌ ((أو)) ^(٧) العاطفة.

(١) انظر "المبسوط": كتاب الإكراه - باب الإكراه على العتق والطلاق والنكاح ٦٤/٢٤ بتصرف.

(٢) في النسخ جميعها: ((زَوَّجَهَا))، وما أثبتناه من عبارة "المبسوط".

(٣) المقولة [١١١٤٦] قوله: ((وقيل: هو إيجاب)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٩٦/٣.

(٥) "در" ص ٥٣.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٩٥/٣.

(٧) انظر التعليق (٢) من هذه الصحيفة.

((ولا بدّ من تمييز المنكوحَةِ عند الشَّاهِدَيْنِ لتنتفي الجهالة، فإن كانت حاضرة مُتَقَبَّةً كَفَى الإشارةُ إليها، والاحتياطُ كَشَفُ وَجْهِهَا، فإن لم يَرَوْا شَخْصَهَا وَسَمِعُوا كلامَهَا من البيت إن كانت وحدها فيه جاز، ولو معها أخرى فلا؛ لعدم زوال الجهالة، وكذا إذا وَكَلْتُ بالتزويج فهو على هذا)) اهـ، أي: إن رَأَوْهَا أو كانت وحدها في البيت يجوزُ أَنْ يَشْهَدُوا عليها بالتوكيل إذا جَحَدْتُهُ، وإلا فلا؛ لاحتمال أنَّ الموكِّلَ المرأةَ الأخرى، وليس معناه أَنَّهُ لا يصحُّ التوكيلُ بدون ذلك، وأَنَّهُ يصيرُ العقدُ عُقْدَ فُضُولٍ فيصحُّ بالإجازة بعده قولاً أو فعلاً؛ لما علمتُه آنفاً، فافهم.

مطلب: "الخصاف" كبير في العلم يجوز الاقتداء به

ثم قال في "البحر"^(١): ((وإن كانت غائبة ولم يسمعوها كلامها - بأن عَقَدَ لها وكيلها فإن كان الشهود يعرفونها كَفَى ذِكْرُ اسمِها إذا عَلِمُوا أَنَّهُ أرادها، وإن لم يعرفوها لا بدّ من ذِكْرِ اسمِها واسم أبيها وحدها، وحَوَّزَ "الخصاف" النكاح^(٢) مطلقاً، حتى لو وَكَلْتُهُ فقال بحضرتيها: زَوَّجْتُ نفسي من موكِّلتي أو من امرأةٍ جَعَلْتُ أمرها بيدي فإنه يصحُّ عنده، قال قاضي خان^(٣): [١٧٣/٣] و"الخصاف" كان كبيراً في العلم يجوز الاقتداء به، وذكرَ "الحاكم الشهيد" في "المنتقى" كما قال "الخصاف") اهـ.

قلت: وفي "التارخانية"^(٤) عن "المضمرات": ((أَنَّ الأوَّلَ هو الصَّحِيحُ، وعليه الفتوى))، وكذا قال في "البحر"^(٥) في فصل الوكيل والفضولي: ((إنَّ المختار في المذهب خلاف ما قاله

(١) "البحر": كتاب النكاح ٩٥/٣.

(٢) عبارة "الأصل": ((في النكاح)).

(٣) "الخانية": كتاب النكاح - الباب الأول فيما يتعلق به انعقاد النكاح - الفصل الأول في الألفاظ التي يتعقد بها النكاح ٣٢٣/١ معزياً إلى شمس الأئمة السرخسي (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "التارخانية": كتاب النكاح - الفصل الخامس في تعريف المرأة والزواج في العقد بالتسمية أو الإشارة ٦٠٤/٢ - ٦٠٥.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ١٤٧/٣ بتصريف.

"الخصَّاف" وإن كان "الخصَّاف" (١) كبيراً)) اهـ.

وما ذكرُوهُ في المرأة يَجري مثله في الرَّجُل، ففي "الخاتية" (٢): ((قال الإمام "ابن الفضل": إن كان الزَّوْجُ حاضراً مُشاراً إليه جازاً، ولو غائباً فلا ما لم يُذكر اسمُهُ واسمُ أبيه وجَدَّه، قال: والاحتياط أن يُنسب إلى الحَلَّة أيضاً، قيل له: فإن كان الغائب معروفاً عند الشهود؟ قال: وإن كان معروفاً لا بدَّ من إضافة العَقْد إليه. وقد ذكرنا عن غيره في الغائبة: إذا ذُكر اسمُها لا غير وهي معروفة عند الشهود، وعَلِمَ الشَّهَدُ أَنَّهُ أرادَ تلك المرأةَ يجوزُ النِّكاحُ)) اهـ.

والحاصل: أنَّ الغائبةَ لا بدَّ من ذِكْرِ اسمِها واسمِ أبيها وجَدَّها وإن كانت معروفةً عند الشَّهَدِ على قولِ "ابن الفضل"، وعلى قولِ غيره يكفي ذكرُ اسمِها إن كانت معروفةً (٣) عندهم، وإلا فلا، وبه جَزَمَ صاحبُ "الهداية" في "التَّحْنِيس"، وقال: ((لأنَّ المقصودَ من التَّسْمِية التعرِيفُ وقد حصلَ))، وأقرَّه في "الفتح" (٤) و"البحر" (٥)، وعلى قولِ "الخصَّاف" يكفي مطلقاً، ولا يخفى أَنَّهُ إذا كان الشَّهَدُ كَثِيرِينَ لا يَلْزَمُ معرفةُ الكلِّ، بل إذا ذُكرَ اسمُها وعَرَفَها اثنان منهم كَفَى.

والظَّاهِرُ: أنَّ المراد بالمعرفة أَن يَعْرِفَا أَنَّ المَعْقُودَ عليها هي فلانة بنتُ فلانِ الفلاني لا معرفةً شَخْصِها، وأنَّ ذِكْرَ الاسمِ غيرُ شرطٍ، بل المرادُ الاسمُ أو ما يَعْنِيها مما يَقُومُ مقامُهُ؛ لما في "البحر" (٦): ((لو زَوَّجَهُ بِنْتَهُ ولم يُسمَّها وله بَنَتان لم يَصَحَّ للجهالة، بخلاف ما إذا كانت له بِنْتُ واحدة، إلا إذا سَمَّاهَا بغيرِ اسمِها ولم يُشَرِّ إليها فإنه لا يَصَحُّ كما في "التَّحْنِيس")) اهـ.

(١) ((وإن كان الخصاف)) ساقط من "الأصل".

(٢) "الخاتية": كتاب النكاح - الباب الأول فيما يتعلَّق به انعقاد النكاح - الفصل الأول في الألفاظ التي يتعقَّد بها النكاح ٣٢٤/١ (هامش الفتاوى الهندية).

(٣) من ((عند الشهود)) إلى ((معروفة)) ساقط من "٣".

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ١٩٧/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٩٥/٣.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٩٠/٣-٩١.

(حُرَّتَيْنِ) أَوْ حُرٌّ وَحُرَّتَيْنِ (مَكْلَفَتَيْنِ سَامِعَتَيْنِ قَوْلَهُمَا مَعًا^(١)).....

وفيه^(٢) عن "الذخيرة": ((إذا كان للمزوّج ابنة واحدة وللقابل ابن واحد، فقال: زَوَّجْتُ ابنتي من ابنك يجوز النكاح، وإن كان للقابل ابنان فإن سَمِيَ أحدهما باسميه صحَّ إلخ))، وفيه^(٣) عن "الخلاصة"^(٤): ((إذا زَوَّجَهَا أَوْحُوا فقال: زَوَّجْتُ أُخْتِي ولم يُسَمَّها جاز إن كانت له أخت واحدة))، وانظر ما قدّمناه^(٥) [١٧/٣/ب] عند قوله: ((ولا المنكوحة مجهولة)).

[١١٢٠٩] (قوله: حُرَّتَيْنِ إلخ) قال في "البحر"^(٦): ((وشرط في الشُّهُودِ الحرّة، والعقل، والبلوغ، والإسلام، فلا ينعقد بحضرة العبد والمجانين والصبيان والكفار في نكاح المسلمين؛ لأنه لا ولاية لهؤلاء، ولا فرق في العبد بين القنّ والمدبّر والمكاتب، فلو عتق العبيد أو بلغ الصبيان بعد التحمّل، ثم شهدوا إن كان معهم غيرهم^(٧) وقت العقد ممن ينعقد بحضورهم جازت شهادتهم؛ لأنهم أهل للتحمّل وقد انعقد العقد بغيرهم، وإلا فلا كما في "الخلاصة"^(٨) وغيرها)).

[١١٢١٠] (قوله: أَوْ حُرٌّ وَحُرَّتَيْنِ) كذا في "الكنز"^(٩)، وقد نسبهُ المصنّف، فذكرهُ "الشارح" لدفع إبهام اختصاص الذكور في شهادة النكاح كما نبّه عليه "الخير الرّملي".

[١١٢١١] (قوله: سَامِعَتَيْنِ قَوْلَهُمَا مَعًا) فلا ينعقد بحضرة النائمَيْنِ والأصمَتَيْنِ، وهو قول

العامة، وتصحيح "الزيلعي"^(١٠) الانعقاد بحضرة النائمَيْنِ دون الأصمَتَيْنِ ضعيف ردّه ٢٧٢/٢

(١) في "د" و "و": ((معاً قولهما)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٩١/٣ بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٩٥/٣.

(٤) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل السادس في الشهود ق ٧٧/ب معزياً إلى "فتاوى البقال".

(٥) المقولة [١١١٧٨] قوله: ((ولا المنكوحة مجهولة)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٩٥/٣.

(٧) في "م": ((غير)).

(٨) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل السادس في الشهود ق ٧٧/أ.

(٩) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ١٣٩/١.

(١٠) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ٩٩/٢.

في "الفتح" ^(١) و"البحر" ^(٢)، وأجاب في "النهر" ^(٣) بحمل النائمين على الوُسْنَانَيْنِ السَّامِعَيْنِ، واعتُرضَ بأنه حينئذٍ يكون محلّ وفاق لا خلاف، ثم قال في "النهر" ^(٤): ((وينبغي أن لا يُختلفَ في انعقاده بالأصمّين إذا كان كلٌّ من الزوج والزوجة أحرس؛ لأنّ نكاحه - كما قالوا - ينعقد بالإشارة حيث كانت معلومة)) اهـ.

قال في "الفتح" ^(٥): ((ومن اشترط السَّماع ما قدّمناه في التَّروُجِ ^(٦) بالكتاب من أنه لا بدّ من سماع الشُّهود ما في الكتاب المشتمل على الخطبة - بأن تقرأه المرأة عليهم - أو سماعهم العبارة عنه بأن تقول: إن فلاناً كتب إليّ بخطبي، ثم تشهدهم أنها زوجتُه نفسها)) اهـ.

لكن إذا كان الكتاب بلفظ الأمر - بأن كتب: زوجي نفسك مني - لا يشترط سماع الشَّاهِدَيْنِ لما فيه بناء على أنّ صيغة الأمر توكيل؛ لأنّه لا يشترط الإشهاد على التوكيل، أمّا على القول بأنه إيجاب فيُشترط كما في "البحر" ^(٧)، وقدّمنا بيانه فيما مرّ ^(٨).

وخرج بقوله: ((معاً)) ما لو سمعا مُتَفَرِّقَيْنِ، بأن حضّر أحدهما العقد، ثم غاب وأعيد بحضرة الآخر، أو سمع أحدهما فقط العقد، فأعيد فسمعه الآخر دون الأول، أو سمع أحدهما الإيجاب والآخر القبول، ثم أعيد فسمع كلٌّ وحده ما لم يسمعه أولاً؛ لأنّ في هذه الصور وجد عقدان لم يحضر كل واحد منهما شاهدان كما في "شرح النقاية" ^(٩) [١٨ق/٣].

(١) "الفتح": كتاب النكاح ١١٤/٣، وقال: ((ولقد أبعد عن الفقه والحكمة الشرعية من زاد النائمين)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٩٤/٣ معزياً إلى "التحسيس" نقلاً عن "شرح قاضيهان".

(٣) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٣/ب.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٣/ب.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ١١٤/٣.

(٦) في "الأصل": ((الترويج)).

(٧) "البحر": كتاب النكاح ٩٥/٣.

(٨) المقولة [١٢٠٨] قوله: ((وشرط حضور شاهدين)).

(٩) انظر "شرح النقاية" لملا علي القاري: كتاب النكاح ص ٥٤٨ - بتصرف.

على الأصح^(١) (فاهمين) أنه نكاح على المذهب، "بحر" (مسلمين).....

[١١٢١٢] (قوله: على الأصح) راجع لقوله: ((سامعين)) وقوله: ((معاً))، ومقابل الأول القول بالاكْتفاء. عَجَرِدُ حُضُورَهُمَا، ومقابل الثاني ما عن "أبي يوسف" من أنه إن اتَّحَدَ المجلسُ جازَ استحساناً كما في "الفتح"^(٢).

[١١٢١٣] (قوله: فاهمين إلخ) قال في "البحر"^(٣): ((جَزَمَ في "التبيين"^(٤) بأنه لو عَقَدَا بحضرة هِنْدِيَّيْنِ لم يَنْهَمَا كِلَاهُمَا لم يَجْزُ، وصَحَّحَهُ في "الجوهرة"^(٥))، وقال في "الظهيرية"^(٦): والظاهر أنه يَشْتَرَطُ فَهْمُ أَنَّهُ نِكَاحٌ، واختارَهُ في "الحانية"^(٧)، فكان هو المذهب، لكن في "الخلاصة"^(٨): لو يُحْسِنَانِ العَرَبِيَّةَ فَعَقَدَا بِهَا والشُّهُودُ لَا يَعْرِفُونَهَا اِخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فِيهِ، والأصحُّ أَنَّهُ يَنْعَقِدُ اهـ. فقد اِخْتَلَفَ التَّصْحِيحُ في اِشْتِرَاطِ الْفَهْمِ)) اهـ.

وحمل في "النهر"^(٩) ما في "الخلاصة" على القول باِشْتِرَاطِ الْحُضُورِ بلا سَمَاعٍ ولا فَهْمٍ، أي: وهو خلافُ الأصحِّ كما مرَّ^(١٠)، ووفق "الرحمي" بِحَمْلِ الْقَوْلِ بِالِاِشْتِرَاطِ عَلَى اِشْتِرَاطِ

(قوله: ووفق "الرحمي" بحمل القول بالاشتراط إلخ) لكن في "البرازية": ((تَلَفَّظَتْ الْمَرْأَةُ بِالْعَرَبِيَّةِ: زَوَّجَتْ نَفْسِي مِنْ فُلَانٍ، وَلَا تَعْرِفُ ذَلِكَ، وَقَالَ فُلَانٌ: قَبِلْتُ، وَالشُّهُودُ يَعْلَمُونَ أَوْ لَا يَعْلَمُونَ صَحَّ النَّكَاحُ، قَالَ فِي النَّصَابِ: ((وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى))، "منح" اهـ "سندي")..

(١) في "ب": ((لأصح)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١١٤/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٩٤/٣.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ٩٩/٢.

(٥) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٦٧/٢ بتصرف.

(٦) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الخامس في معرفة الشهود والوكالة ونكاح الفضولي ق ٧٧/١.

(٧) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في شرائط النكاح ٣٣٢/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل السادس في الشهود ق ٧٧/ب.

(٩) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٣/ب.

(١٠) في المقولة نفسها.

لنكاح مسلمة ولو فاسقين^(١).....

فَهُمْ أَنَّهُ عَقْدُ نِكَاحٍ، والقولُ بعدمِ عدمِ اشتراطِ فَهُمْ^(٢) معاني الألفاظِ بعدَ فَهُمْ أَنَّ المرادَ عَقْدُ النِّكَاحِ.

[١١٢١٤] (قوله: لنكاح مسلمة) قيد لقوله: ((مسلمين)) احترازاً عن نكاح الذميمة، فإنه لو تزوجها مسلم عند ذميين صح كما يأتي^(٣)، لكنه يؤهم أَنَّ ما قبله من الشروط يشترط في أنكحة الكفار أيضاً، مع أنها تصح بغير شهود إذا كانوا يدينون ذلك كما سيأتي^(٤) في بابهِ، ولدفع ذلك قال في "الهداية"^(٥): ((ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين حرين إلخ))، وقد يجاب بأن الكلام في نكاح المسلمين، بدليل أنه سيقع لنكاح الكافر باباً على حدة، ولما كان تزوج المسلم ذمياً لا يشترط فيه إسلام الشاهدين احتزر عنه بقوله: ((لنكاح مسلمة)).

[١١٢١٥] (قوله: ولو فاسقين إلخ) اعلم أَنَّ النكاح له حكمان: حكم الانعقاد، وحكم الإظهار، فالأول ما ذكره، والثاني إنما يكون عند التَّحَادٍ، فلا يقبل في الإظهار إلا شهادة من يقبل شهادته في سائر الأحكام كما في "شرح الطحاوي"، فلذا انعقد بحضور الفاسقين، والأعميين، والمحدودين في قذف وإن لم يتوبا، وبني العاقدين وإن لم يقبل أدأهم عند القاضي كانعقادِهِمْ بحضورِ العدوين، "بحر"^(٦).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ولو فاسقين إلخ، قال الشعبي: لأنَّ الفاسقين أهلُ الولاية القاصرة بلا خلاف؛ لأنَّ له أن يزوج نفسه وعبدَه وأمثه، فيكون من أهل التحمل للشهادة وإن لم يكن من أهل أدائها؛ لأنَّ كلاً من التحمل والأداء ولاية قاصرة لا إلزام فيه، ولا يظهر شهادتهما عند الدعوى لا أداء الفاسق [فإنه] مردود، والنكاح موقوف على تحمُّل الشهادة لا على قبولها، فصار العقد بحضور الفاسقين كالعقد بحضور الأعميين حيث يصح ولا تفيد شهادتهما عند الدعوى، انتهى)). ق. ١٥١/أ.

(٢) من ((على اشتراط)) إلى ((فهم)) ساقط من "الأصل".

(٣) "در" ص ٢٨.

(٤) "در" ص ٦١٨ - وما بعدها.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح ١/١٩٠.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٣/٩٥ - ٩٦.

أو محدودَيْنِ في قَذْفٍ، أو أَعْمَيَيْنِ أو ابني الزَّوْجَيْنِ أو ابني أحدهما.....

مطلبٌ في عطف الخاصِّ على العامِّ

[١١٢١٦] (قوله: أو محدودَيْنِ في قَذْفٍ) أي: وقد تابا، قال في "النهر"^(١): ((وهذا القيد لا بدَّ منه، وإلَّا لَزِمَ التَّكرارُ)) اهـ.

واعترضَ بأنَّ المقصود من إطلاق "المصنّف" الإشارةُ إلى خلافِ "الشَّافعي" [١٨٣/ب] في الفاسقِ المُعلِنِ والمحدودِ قبل التَّوبة، أمَّا المستورُ والمحدودُ الثَّابِتُ فلا خلافَ له فيهما كما في "شرح المجمع" و"الحقائق"، وأيضاً فالمحدودُ أخصُّ مطلقاً من الفاسقِ، وذِكْرُ الأخصِّ بعدَ الأعمِّ واقعٌ في أفصح الكلام.

على أنَّهم صرَّحوا بأنَّه إذا قُوِّلَ الخاصُّ بالعامِّ يُرادُ به ما عدا الخاصَّ، لكنَّ في "المغني"^(٢): ((أنَّ عطف الخاصِّ على العامِّ مما تفرَّدَتْ به الواوُ وحَّتِي، لكنَّ الفقهاء يتسامحون في عطفيه: بـ، أو)).
قلت: وصرَّحَ بعضهم بجوازه: بـ، ثُمَّ و: أو، كما في حديث: ((وَمَنْ كَانَتْ هَجْرَتُهُ إِلَى دُنْيَا يُصِيبُهَا أَوْ امْرَأَةً يَنْكِحُهَا))^(٣).

[١١٢١٧] (قوله: أو أَعْمَيَيْنِ) كذا في "الهداية"^(٤)، و"الكنز"^(٥)، و"الوقاية"^(٦)، و"المختار"^(٧)، و"الإصلاح"، و"الجوهرة"^(٨)، و"شرح النقاية"^(٩)، و"الفتح"^(١٠)، و"الخلاصة"^(١١)، وهو مخالفٌ

(١) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٤/أ.

(٢) "مغني اللبيب عن كتب الأعاريب": الباب الأول في تفسير المفردات وذكر أحكامها - حرف الواو ص ٤٦٦.

(٣) تقدم تخريجه ٥٠٣/٥ و ٢٧٩/٤.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح ١٩٠/١ يتصرف.

(٥) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ١٣٩/١.

(٦) انظر "شرح الوقاية": كتاب النكاح ١٦٣/١ (هامش "كشف الحقائق").

(٧) انظر "الاختيار لتعليق المختار": كتاب النكاح ٨٤/٣.

(٨) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٦٧/٢.

(٩) انظر "شرح النقاية" للا علي القاري ص ٤٨٥، فإنه قد ساق ما جرى عليه الشافعي رحمه الله في شهادة الأعمى

وعدم إجازته لها، ولكنه لم يصرح بجوازه عندنا، والله أعلم.

(١٠) "الفتح": كتاب النكاح ١١٥/٣.

(١١) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل السادس في الشهود ق ٧٧/أ.

وإن لم يثبت النكاح بهما) بالابنين (إن ادعى القريب، كما صح نكاح مسلم ذممة عند ذميين).....

لقوله في "الحانية"^(١): ((ولا تقبل شهادة الأعمى عندنا؛ لأنه لا يقبل على التمييز بين المدعى والمدعى عليه والإشارة إليهما، فلا يكون كلامه شهادة، ولا ينعقد النكاح بحضرته)) اهـ. والمختار ما عليه الأكثر، "نوح".

[١١٢١٨] (قوله: وإن لم يثبت النكاح بهما) أي: بالابنين، أي: بشهادتهما، فقوله: ((بالابنين)) بدل من الضمير المحرور، وفي نسخة: ((لهما))، أي: للزوجين، وقد أشار إلى ما قدمناه^(٢) من الفرق بين حكم الانعقاد وحكم الإظهار، أي: ينعقد النكاح بشهادتهما وإن لم يثبت بها عند التباحذ، وليس هذا خاصاً بالابنين كما قدمناه^(٣).

[١١٢١٩] (قوله: إن ادعى القريب) أي: لو كانا ابنه وحده أو ابنيه وحدها، فادعى أحدهما النكاح وحده الآخر لا تقبل شهادة ابني المدعى له بل تقبل عليه، ولو كانا ابنيهما لا تقبل شهادتهما للمدعى ولا عليه؛ لأنها لا تخلو عن شهادتهما لأصلهما، وكذا لو كان أحدهما ابناً والآخر ابنه لا تقبل أصلاً كما في "البحر"^(٤).

[١١٢٢٠] (قوله: كما صح إلخ) لأن الشهادة إنما شرطت في النكاح لما فيه من إثبات ملك المتعة له عليها تعظيماً لجزء آدمي لا لتبوت ملك المهر لها عليه؛ لأن وجوب المال لا تشرط فيه الشهادة كالبيع وغيره، وللمدعي شهادة على مثله لولايته عليه، وهذا عندهما، وقال "محمد" و"زفر": لا يصح، وتأممه في "الفتح"^(٥) وغيره.

(١) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في شرائط النكاح ٣٣١/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) المقولة [١١٢١٥] قوله: ((ولو فاسقين إلخ)).

(٣) المقولة [١١٢١٥] قوله: ((ولو فاسقين إلخ)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٩٦/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ١١٤/٣.

ولو مخالفتين لدينها (وإن لم يثبت) النكاح (بهما مع إنكاره) والأصل عندنا أن كل من ملك قبول النكاح بولاية نفسه انعقد بحضرته.....

وأراد بالذميمة الكتابية كما في "القهستاني"^(١)، قال "ح"^(٢): ((فخرج غير الكتابية كما سيأتي في فصل الحرمات، ودخل [١/١٩٠/٣] الجريئة الكتابية وإن كره نكاحها في دار الحرب كما ذكره "الشارح" في محرمات "شرح الملتقى"^(٣))). اهـ.

[١١٢٢١] (قوله: ولو مخالفتين لدينها) كما لو كانا نصرانيتين وهي يهودية، وشمل إطلاقه الذميين غير الكتابيين كمجوسيين، والظاهر أنه احتزر بهما عن الحريتين لقول "الزليعي"^(٤): ((وللذمي شهادة على مثله))، فأفاد أن شهادة الحربي على الذمي لا تقبل، والمستأن من حربي، أفاده السيد "أبو السعود"^(٥).

[١١٢٢٢] (قوله: مع إنكاره) أي: إنكار المسلم العقد على الذميمة، أما عند إنكارها فمقبول عندهما مطلقاً، وقال "محمد": إن قالوا: كان معنا مسلمان وقت العقد قبل، وإلا لا، وعلى هذا الخلاف لو أسلما وأديا، "نهر"^(٦).

[١١٢٢٣] (قوله: والأصل عندنا إلخ) عبارة "النهر"^(٧): ((قال "الإسبيحاني": والأصل أن كل من صلح أن يكون ولياً فيه بولاية نفسه صلح أن يكون شاهداً فيه، وقلنا: بولاية نفسه لإخراج المكاتب، فإنه وإن ملك تزويج أمته لكن لا بولاية نفسه، بل بما استفادته

(١) "جامع الرموز": كتاب النكاح ٢٦٧/١.

(٢) "ح": كتاب النكاح ١٥٣/ب.

(٣) "الدر المنقى": كتاب النكاح - باب الحرمات ٣٢٨/١ (هامش "جمع الأنهر").

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ١٠٠/٢.

(٥) "فتح الملعين": كتاب النكاح ١٠٢-١١.

(٦) "النهر": كتاب النكاح ١٦٤/أ يتصرف.

(٧) "النهر": كتاب النكاح ١٦٤/أ.

(أمرَ الأبُّ رجلاً أن يزوّجَ صغيرته، فزوّجها عند رجلٍ أو امرأتين و) الحال أن (الأب حاضرٌ صحَّ) لأنه يُجعلُ عاقداً حكماً.....

من المولى اهـ. وهذا يقتضي عدم انعقاده بالمحجور عليه، ولم أره^(١) اهـ.

[١١٢٢٤] (قوله: أمرَ الأبُّ رجلاً أي: وكَلَهُ، والضَّميرُ البارزُ في ((صغيرته)) للأب، والمستترُ في ((زوّجها)) للرجلِ المأمور، وكونُهُ رجلاً مثلاً، فلو كان امرأةً صحَّ، لكن اشترط أن يكونَ معها رجلاً أو رجلٌ وامرأة^(٢)) كما أفادَهُ في "البحر"^(٣).

[١١٢٢٥] (قوله: لأنه يُجعلُ عاقداً حكماً) لأنَّ الوكيلَ في النكاحِ سفيرٌ ومُعبرٌ ينقلُ عبارةَ الموكل، فإذا كان الموكلُ حاضراً كان مُباشراً؛ لأنَّ العبارةَ تنتقلُ إليه وهو في المجلس، وليس المُباشِرُ سوى هذا، بخلاف ما إذا كان غائباً؛ لأنَّ المُباشِرَ مأخوذٌ في مفهومِهِ الحضور، فظهرَ أنَّ إنزالَ الحاضرِ مُباشراً جبري^(٤)، فاندفعَ ما أوردهُ في "النهاية": ((من أنَّه تكلفٌ غيرُ محتاجٍ إليه، فإنَّ الأبَّ يصلحُ شاهداً، فلا حاجةَ إلى اعتباره مُباشراً إلا في مسألةِ البنتِ البالغة))،

(قوله: وهذا يقتضي عدم انعقاده بالمحجور عليه إلخ) سيأتي في الحجر: أنَّ المحجورَ عليه بالسَّفه والغلَّةِ والذَّين في أحكامه كصغيرٍ في تصرفاتٍ تحتملُ الفسخ، ويُطْلَهُ الهزل، أمّا ما لا يحتملُهُ ولا يُطْلَهُ فلا يُحجَرُ عليه بالإجماع، كالنكاح، والطلاق، والعِتاق اهـ.

ومقتضى عموم ما ذكر أنه لا تزول ولايته بالحجر فيكون أهلاً لتزويج بنته فينقذ النكاح بحضرته، تأمل. وسيأتي في باب الولي عن "شرح المجمع" ما نصّه: ((حتّى لو عُرفَ من الأب سوء الاختيار لسفّهه أو لطّعه لا يجوزُ عقده إجماعاً اهـ)). وهذا لا يُنافي ما قلناه؛ فإنَّ موضوعه فيما إذا زوّج الصغيرة بأقل من مهر المثل، أو بغير كُفء.

(١) (أره) ساقطة من "الأصل".

(٢) في "أ": ((وامرأتان))، وهو خطأ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فروع ٩٧/٣ - ٩٨.

(٤) (جبري) ساقطة من "الأصل".

(وإلا لا، ولو زَوَّجَ بنتَهُ^(١) البالغةَ العاقلةَ بِمَحْضَرٍ شَاهِدٍ وَاحِدٍ جازَ إِنْ) كانت ابنتُهُ (حاضرةً) لأنها تُجْعَلُ عاقدةً (وإلا لا) الأصلُ أَنَّ الأمرَ متى حضرَ.....

"فتح"^(٢) ملخصاً، وتمامه في "البحر"^(٣).

[١١٢٢٦] (قوله: وإلا لا) أي: وإن لم يكن حاضراً لا يصح؛ لأنَّ انتقالَ العبارةِ إليه حالَ عدمِ الحضور لا يصيرُ به مُباشراً.

[١١٢٢٧] (قوله: ولو زَوَّجَ بنتَهُ البالغةَ العاقلةَ) كونُها بنتُهُ غيرُ قَيدٍ، فإنَّها لو وَكَلَتْ رَجُلًا غَيْرَهُ فكَذَلِكَ كما في "الهندية"^(٤). وقَيَّدَ بالبالغةِ لأنها لو كانت صغيرةً لا يكونُ الوليُّ شاهداً؛ لأنَّ العَقْدَ لا يمكنُ نقلَهُ إليها، "بحر".^(٥) وبالعاقلةِ لأنَّ المجنونةَ كالصَّغيرةِ، أفادَهُ "ط"^(٦). [١٩٣/ب]

[١١٢٢٨] (قوله: لأنها تُجْعَلُ عاقدةً) لانتقالِ عبارةِ الوكيلِ إليها وهي في المجلس، فكانت مُباشرةً ضرورةً، ولأنَّه لا يمكنُ جَعْلُها شاهدةً على نفسها.

[١١٢٢٩] (قوله: وإلا لا) أي: وإن لم تكن حاضرةً لا يكونُ العَقْدُ نافذاً بل موقوفاً

(قوله: لا يكونُ العَقْدُ نافذاً بل موقوفاً على إجازتها) فيه أَنَّهُ باطلٌ لا موقوفٌ؛ إذ لم يُوجَدْ إلا شاهدٌ واحدٌ، والأبُّ هو الوكيلُ المُباشِرُ تأمَّل. ثُمَّ رأيتُ "السَّندي" ذكرَ ما نصَّه - بعد عبارةِ "ط" المنقولةِ -: ((وهذا كلامٌ أجني لا تعلقُ له بما نحن فيه، ولا يَتأتَّى إلا فيما إذا زَوَّجَ الأبُّ بنتَهُ البالغةَ بلا توكيلٍ منها، وإلا فلو وَكَلَتْ أباها وزَوَّجَها في غَيْبِها بِحُضُورِ شَاهِدٍ وَاحِدٍ لا ينعقدُ النِّكاحُ إلخ اه)).

(١) في "و": ((ابنته)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١١٦/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فروع ٩٧/٣ - ٩٨.

(٤) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب الأول في تفسيره شرعاً وصفته وركنه وشرطه وحكمه ٢٦٨/١ معزياً إلى

"محيط السرخسي".

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٩٨/٣.

(٦) "ط": كتاب النكاح ١٢/٢.

جُعِلَ مباشراً، ثُمَّ إِنَّمَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمَأْمُورِ إِذَا لَمْ يَذْكُرْ^(١) أَنَّهُ عَقَدَهُ لئلا يشهدَ على فِعْلٍ نَفْسِيٍّ.....

على إجازتها كما في "الحموي"؛ لَأَنَّهُ لَا يَكُونُ أَدْنَى حَالاً مِنَ الْقُضُولِيِّ، وَعَقْدُ الْقُضُولِيِّ لَيْسَ بِبَاطِلٍ، "ط"^(٢) عَنْ "أَبِي السُّعُود"^(٣).

[١١٢٣٠] (قَوْلُهُ: جُعِلَ مُبَاشِراً) لَأَنَّهُ إِذَا كَانَ فِي الْمَجْلِسِ تَنْتَقِلُ الْعِبَارَةُ إِلَيْهِ كَمَا قَدَّمْنَاهُ^(٤).

[١١٢٣١] (قَوْلُهُ: ثُمَّ إِنَّمَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمَأْمُورِ) يَعْنِي: عِنْدَ التَّحَاذُرِ وَإِرَادَةِ الْإِظْهَارِ، أَمَّا مِنْ حَيْثُ الْإِنْعِقَادُ الَّذِي الْكَلَامُ فِيهِ فَهِيَ مَقْبُولَةٌ مَطْلَقاً كَمَا لَا يَخْفَى. وَأَشَارَ إِلَى أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ إِذَا تَوَلَّى الْعَقْدَ وَمَاتَ الزَّوْجُ وَأَنْكَرَتْ وَرَثَتُهُ كَمَا حُكِيَ عَنْ "الصَّفَّارِ"، قَالَ: ((وَيَنْبَغِي أَنْ يَذْكُرَ الْعَقْدَ لَا غَيْرَ فَيَقُولُ: هَذِهِ مِنْكُوتُهُ))، وَكَذَلِكَ قَالُوا فِي الْأَخْوَيْنِ إِذَا زَوْجًا أَخْتَهَمَا، ثُمَّ أَرَادَا أَنْ يَشْهَدَا عَلَى النِّكَاحِ: يَنْبَغِي أَنْ يَقُولَا: هَذِهِ مِنْكُوتُهُ، "بِجَر"^(٥) عَنْ "الذَّخِيرَةِ".

[١١٢٣٢] (قَوْلُهُ: لئلا يَشْهَدَ عَلَى فِعْلٍ نَفْسِيٍّ) يَرِدُ عَلَيْهِ شَهَادَةُ نَحْوِ الْقَبَّانِيِّ وَالْقَاسِمِ؛ لَأَنَّهُ يُقْبَلُ مَعَ بَيَانِهِ أَنَّهُ فَعَلَهُ، "الشَّرْنِبِلَالِيَّةُ"^(٦).

أَقُولُ: لَا يَخْفَى أَنَّ الْعَقْدَ إِنَّمَا لَزِمَ بِفِعْلِ الْعَاقِدِ، فَشَهَادَتُهُ عَلَى فِعْلٍ نَفْسِيٍّ شَهَادَةٌ عَلَى أَنَّهُ هُوَ الَّذِي لَزِمَ مُوجِبَاتِ الْعَقْدِ، فَتَلْعَوُ بِخِلَافِ الْقَبَّانِيِّ وَالْقَاسِمِ، فَإِنَّ فِعْلَهُمَا غَيْرُ مُلْزِمٍ، أَمَّا الْقَبَّانِيُّ فظَاهِرٌ، وَأَمَّا الْقَاسِمُ فَلَمَّا فِي شَهَادَاتِ "الْبَزَّازِيَّةِ"^(٧): ((مَنْ أَنَّ وَجْهَ الْقَبُولِ أَنَّ الْمَلِكَ لَا يُثَبَّتُ بِالْقِسْمَةِ، بَلْ بِالْتَّرَاضِي أَوْ بِاسْتِعْمَالِ الْقُرْعَةِ ثُمَّ التَّرَاضِي عَلَيْهِ)) اهـ، فَافْهَمْ.

(١) فِي "ب": ((تَذَكَّرَ)).

(٢) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ ١٢/٢.

(٣) "فَتْحُ الْمَعِينِ": كِتَابُ النِّكَاحِ ١١/٢.

(٤) الْمُقُولَةُ [١١٢٢٥] قَوْلُهُ: ((لَأَنَّهُ يَجْعَلُ عَاقِداً حَكِماً)).

(٥) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ ٩٨/٣.

(٦) "الشَّرْنِبِلَالِيَّةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ ٣٢٩/١ (هَامِشُ "الدَّرَرِ وَالْغَرَرِ").

(٧) "الْبَزَّازِيَّةُ": كِتَابُ الشَّهَادَاتِ - الْجِنْسُ الثَّانِي فِيمَا يَقْبَلُ وَفِيمَا لَا يَقْبَلُ - نَوْعٌ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهِ ٢٥٨/٥

مَعْرِضاً إِلَى الْخِصَافِ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

ولو زَوَّجَ المولى عبده البالغ بحضرتيه وواحدٍ لم يَجْزُ على الظاهر، ولو أُذِنَ له
فَعَقَدَ بحضرة المولى ورجلٍ صَحَّ، والفرق لا يخفى.
(ولو قال) رجلٌ لآخر: (زَوَّجْتَنِي ابْنَتَكَ، فقال) الآخر: (زَوَّجْتُ أَوْ) قال:
(نَعَمْ) مُجِيباً له (لم يكن نكاحاً).....

[١١٢٣٣] (قوله: ولو زَوَّجَ المولى عبده) أي: أَوْ أَمَتُهُ كما في "الفتح"^(١)، وقوله:
(بحضرتيه)) أي: العبد، وقوله: ((وواحد)) بالجر عطفاً على هذا الضمير، وقوله: ((لم يَجْزُ على
الظاهر)) ذكره في "النهر"^(٢)، ونقله السيّد "أبو السعود"^(٣) عن "الدراية" فيما لو زَوَّجَ أَمَتَهُ،
ولا فرق بينها وبين العبد، وذكر في "البحر"^(٤): ((أَنَّهُ رَجَّحَهُ في "الفتح"^(٥) بِأَنَّ مَبَاشَرَةَ السَيِّدِ
لَيْسَ فَكَأَ لِلْحَجَرِ عَنْهُمَا في التَّرْجُوحِ مطلقاً، وإلَّا لَصَحَّ في مَسْأَلَةٍ وَكَيْلُهُ))، أي: فيما لو زَوَّجَ
وَكَيْلُ السَيِّدِ العبدَ بِحُضُورِهِ مع آخر، فإنه لا يصح.

٢٧٤/٢

[١١٢٣٤] (قوله: صَحَّ) وقيل: لا يصح؛ لانتقاله إلى السيّد؛ لأنَّ العبد وكيل عنه، قال
في "الفتح"^(٦): ((وَالْأَصَحُّ الْجَوَازُ بِنَاءً عَلَى مَنْعِ كَوْنِهِمَا - أي: العبد والأمة - وكيلين؛ لأنَّ
الإِذْنَ فُلُكُ الْحَجَرِ عَنْهُمَا، فَيَنْصَرِّفَانِ [١/٢٠ ق/٣] بَعْدَهُ بِأَهْلِيَّتِهِمَا لا بِطَرِيقِ النَّيَابَةِ)).

[١١٢٣٥] (قوله: والفرق لا يخفى) هو ما ذكرناه عن "الفتح": ((مَنْ أَنَّ مَبَاشَرَةَ السَيِّدِ
الْعَقْدَ لَيْسَ فَكَأَ لِلْحَجَرِ عَنِ الْعَبْدِ فِي التَّرْجُوحِ، فَلَا يَنْتَقِلُ الْعَقْدُ إِلَيْهِ، بَلْ يَبْقَى السَيِّدُ هُوَ الْعَاقِدُ،
وَلَا يَصْلُحُ شَاهِداً بِخِلَافِ إِذْنِهِ لَهُ بِهِ، فَإِنَّ الْعَبْدَ مَنُوعٌ عَنِ النِّكَاحِ لِحَقِّ السَيِّدِ لَا لِعَدَمِ أَهْلِيَّتِهِ،
فَبِالإِذْنِ يَصِيرُ أَصِيلاً لَا نَائِباً، فَلَا يَنْتَقِلُ الْعَقْدُ إِلَى السَيِّدِ، وَيَصْلُحُ شَاهِداً، فَيَصَحُّ بِحَضْرَتِهِ)).

(١) "الفتح": كتاب النكاح ١١٦/٣.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٤/ب.

(٣) "فتح المعين": كتاب النكاح ١١/٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - فروع ٩٨/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ١١٦/٣ - ١١٧. بتصرف.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ١١٦/٣.

ما لم يُقَلِّ (الموجب^(١)) بعده: (قِيلَتْ) لَأَنَّ زَوْجَتِي استخبراً وليس بعقدٍ، بخلاف زَوْجَتِي؛ لَأَنَّهُ^(٢) توكيلٌ.

(غَلِطَ وَكَيْلُهَا بِالنِّكَاحِ فِي اسْمِ أَبِيهَا بِغَيْرِ حُضُورِهَا لَمْ يَصَحَّ لِلْجَهَالَةِ، وَكَذَا لَوْ غَلِطَ فِي اسْمِ بَنَتِهِ،.....)

[١١٢٣٦] (قوله): ما لم يُقَلِّ الموجبُ بعده أي: بعد قول الآخر: زَوَّجْتُ أَوْ نَعَمْ؛ لَأَنَّ قول الآخر ذلك يكون إيجاباً، فيحتاج إلى قول الأول: قِيلَتْ، وَسَمَاءٌ مُوجِباً نظراً إلى الصورة. [١١٢٣٧] (قوله): لَأَنَّ زَوْجَتِي استخبراً المسألة من "الخاتية"^(٣)، وتقدم^(٤) أنه لو صرح بالاستفهام فقال: هل أعطيتها؟ فقال: أعطيتها، وكان المجلس للنكاح ينعقد، فهذا أولى بالانعقاد، فإمّا أَنْ يَكُونَ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَاتَانِ أَوْ يُحْمَلُ هَذَا عَلَى أَنَّ الْمَجْلِسَ لَيْسَ لِعَقْدِ النِّكَاحِ، وَقَالَ فِي "كَافِي الْحَاكِمِ": ((وَإِذَا قَالَ رَجُلٌ لَامْرَأَةٍ: أَتَزَوَّجُكِ بِكَذَا أَمْ كَذَا؟ فَقَالَتْ: قَدْ فَعَلْتُ فَهُوَ عَمَلَةٌ قَوْلُهُ: قَدْ تَزَوَّجْتُكِ، وَلَيْسَ يَحْتَاجُ فِي هَذَا إِلَى أَنْ يَقُولَ الزَّوْجُ: قَدْ قِيلَتْ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: قَدْ خَطَبْتُكِ إِلَى نَفْسِي بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، فَقَالَتْ: قَدْ زَوَّجْتُكِ نَفْسِي، هَذَا كُلُّهُ جَائِزٌ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ شَهْوَةٌ؛ لَأَنَّ هَذَا كَلَامُ النَّاسِ، وَلَيْسَ بِقِيَاسٍ)) اهـ "رحمته". [١١٢٣٨] (قوله): لَأَنَّهُ توكيلٌ أي: فيكون كلامُ الثاني قائماً مقامَ الطرفين، وقيل: إِنَّهُ إيجابٌ، ومَرَّ مَا فِيهِ، "ط"^(٥).

[١١٢٣٩] (قوله): لَمْ يَصَحَّ لَأَنَّ الْغَائِبَةَ يُشْرَطُ ذِكْرُ اسْمِهَا وَاسْمِ أَبِيهَا وَجَدَّهَا، وتقدم^(٦)

(١) في "و": ((الجب)).

(٢) في "و": ((فإنه)).

(٣) "الخاتية": كتاب النكاح - الباب الأول فيما يتعلق به انعقاد النكاح - الفصل الأول في الألفاظ التي ينعقد بها النكاح ٣٢١/١ (هامش الفتاوى الهندية).

(٤) المقولة [١١١٥١] قوله: ((إذا لم ينو الاستقبال)).

(٥) "ط": كتاب النكاح ١٢/٢.

(٦) المقولة [١١٢٠٨] قوله: ((وشرط حضور شاهدين)).

إلا إذا كانت حاضرةً وأشار إليها فيصح، ولو له بنتان أرادَ تزويجَ الكبرى، فعَلِطَ
فسمّاها باسم الصّغرى.....

أنّه إذا عرّفها الشّهودُ يكفي ذكرُ اسمها فقط خلافاً لـ "ابن الفضل"، وعند "الخصّاف" يكفي مطلقاً.
والظّاهر: أنّه في مسائلنا لا يصحُّ عند الكلّ؛ لأنّ ذكرَ الاسم وحده لا يَصْرِفُهَا
عن المراد إلى غيره بخلاف ذكرِ الاسم منسوباً إلى أبٍ آخر، فإنّ فاطمة بنتَ أحمد لا تصدّق
على فاطمة بنتِ محمّد، تأمّل، وكذا يقالُ فيما لو غَلِطَ في اسمها.

[١١٢٤٠] (قوله: إلا إذا كانت حاضرة إلخ) راجعُ إلى المسألتين، أي: فإنّها لو كانت
مُشاراً إليها وغَلِطَ في اسم أيها أو اسمها لا يَضُرُّ؛ لأنّ تعريفَ الإشارةِ الحسيّةِ أقوى
من التّسمية؛ لما في التّسمية من الاشتراكِ العارضِ، فتلغو التّسمية عندها، كما لو قال:
اقتدّيتُ بزيدٍ هذا فإذا هو عمرو فإنّه يصحُّ.

[١١٢٤١] (قوله: ولو له بنتان إلخ) أي: بأن كان اسمُ الكبرى مثلاً عائشةَ [٣/٢٠٠ ب]
والصّغرى فاطمة، فقال: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي فاطمة، وقَبِلَ صَحَّ العَقْدُ عليها وإن كانت عائشةُ هي
المرادة، وهذا إذا لم يَصِفْهَا بالكبرى، أمّا لو قال: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي الكبرى فاطمة ففسي
"اللولو الجيّة"^(١): ((يجبُ أن لا ينعقدَ العَقْدُ^(٢) على إحداهما؛ لأنّه ليس له ابنةٌ كبرى بهذا
الاسم)) اهـ. ونحوه في "الفتح"^(٣) عن "الخانيّة"^(٤).

ولا تنفعُ النيّةُ هنا ولا معرفةُ الشّهود بعد صَرَفِ اللَّفْظِ عن المراد كما قلنا^(٥)، ونظيرُ هذا

(١) "اللولو الجيّة": كتاب النكاح ق ٤٦/أ.

(٢) ((العَقْدُ)) ساقطة من "الأصل".

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فروع ١٠٤/٣.

(٤) "الخانيّة": كتاب النكاح - الباب الأول فيما يتعلّق به انعقاد النكاح - الفصل الأول في الألفاظ التي ينعقد بها

النكاح ٣٢٤/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) المقولة [١١٢٣٩] قوله: ((لم يصح)).

ما في "البحر" ^(١) عن "الظهري" ^(٢): ((لو قال أبو الصغيرة لأبي الصغير: زَوَّجْتُ ابْنِي ولم يَزِدْ عليه شيئاً، فقال أبو الصغير: قَبِلْتُ يَقَعُ النِّكَاحُ لِلأَبِ، هو الصَّحِيحُ، ويجبُ أَنْ يَحْتَاطَ فيه، فيقول: قَبِلْتُ لابْنِي)) اهـ.

وقال في "الفتح" ^(٣) - بعدَ أَنْ ذَكَرَ المسأَلَةَ بالفارسيَّةَ -: ((يجوزُ النِّكَاحُ عَلَى الأبِ ^(٤) وإنْ جرى بينهما مُقَدِّمَاتُ النِّكَاحِ لابْنٍ، هو المختارُ؛ لأنَّ الأبَّ أَضَافُهُ إِلَى نَفْسِهِ، بخلافِ ما لو قال أبو الصغيرة: زَوَّجْتُ ابْنِي مِنْ ابْنِكَ، فقال أبو الابن: قَبِلْتُ ولم يَقُلْ: لابْنِي، يجوزُ النِّكَاحُ لابْنٍ لإضافةِ المَرْجُوحِ النِّكَاحِ إِلَى الابنِ بيقينٍ، وقولُ القابل: قَبِلْتُ جَوَاباً لَهُ، والجوابُ يَتَقَيَّدُ بالأوَّلِ، فصارَ كما لو قال: قَبِلْتُ لابْنِي)) اهـ.

قلتُ: وبه يُعْلَمُ بالأوَّلَى حُكْمُ مَا يَكْثُرُ وَقوعُهُ، حيثُ يقولُ: زَوَّجَ ابْنَكَ لابْنِي، فيقولُ له: زَوَّجْتُكَ، فيقولُ الأوَّلُ: قَبِلْتُ، فيقعُ العَقْدُ للأبِ، والنَّاسُ عَنْهُ غَافِلُونَ، وقد سُئِلْتُ عَنْهُ فَأَجَبْتُ بِذَلِكَ، وبأنَّه لَا يُمْكِنُ لِلأَبِ تَطْلِيْقُهَا وَعَقْدُهُ لِلابْنِ ثَانِيًا، لِحُرْمَتِهَا عَلَى الابْنِ مُؤَبَّدًا، ومثْلُهُ ^(٥) مَا يَقَعُ كَثِيرًا أَيْضًا، حيثُ يقولُ: زَوَّجْتَنِي بِنْتِكَ لابْنِي؟ فيقولُ: زَوَّجْتُكَ، فَإِنْ قَالَ

(قوله: لو قال لأبي الصغير: زَوَّجْتُ ابْنِي، ولم يَزِدْ عليه شيئاً إلخ) قال في "البحر": ((وهذه المسأَلَةُ تدلُّ عَلَى أَنَّ مَنْ قَالَ لِآخَرٍ بَعْدَمَا جَرَى بَيْنَهُمَا مُقَدِّمَاتُ الْبَيْعِ: بَعْتُ هَذَا الْعَبْدَ، وَقَالَ الْآخَرُ: اشْتَرَيْتُ يَصَحُّ وَإِنْ لَمْ يَقُلْ: بَعْتُ مِنْكَ، وَالْخُلْعُ عَلَى هَذَا اهـ)).

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣.

(٢) "الظهري": كتاب النكاح - الفصل الأول فيما ينعقد به النكاح ق ٧٣/أ.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٣/٣.

(٤) من ((هو الصحيح)) إِلَى ((على الأب)) ساقط من "٣".

(٥) من ((ومثله)) إِلَى نَهَايَةِ هَذِهِ الْمَقُولَةِ ساقط من "الأصل".

الأوَّلُ: قَبِلْتُ انْعَقَدَ النِّكَاحُ لِنَفْسِهِ، وَإِلَّا لَمْ يَنْعَقِدْ أَصْلًا لَا لَهُ وَلَا لِابْنِهِ كَمَا أَفْتَى بِهِ فِي "الْخَيْرِيَّة"^(١).

وَبَيَّيَ مَا إِذَا قَالَ: زَوَّجَ ابْنَتَكَ مِنْ ابْنِي، فَقَالَ: وَهَبْتُهَا لَكَ، أَوْ زَوَّجْتُهَا لَكَ، فَيَصَحُّ لِلابْنِ بِخِلَافِ مَا مَرَّ^(٢) عَنْ "الْظَّاهِرِيَّةِ"؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِلَّا الْخِطْبَةُ، أَمَّا هُنَا فَقَوْلُهُ: زَوَّجَ ابْنَتَكَ مِنْ ابْنِي تَوَكِيلٌ، حَتَّى لَمْ يَحْتَجْ بَعْدَهُ إِلَى قَبُولٍ، فَيَصِيرُ قَوْلُ الْآخِرِ: وَهَبْتُهَا لَكَ مَعْنَاهُ: زَوَّجْتُهَا لِابْنِكَ لِأَجْلِكَ، وَلَا فَرْقَ فِي الْعُرْفِ بَيْنَ: زَوَّجْتُهَا لَكَ وَهَبْتُهَا لَكَ، كَذَا حَرَّرَهُ فِي "الْفَتَاوَى الْخَيْرِيَّةِ"^(٣). وَالظَّاهَرُ: أَنَّهُ لَوْ قَالَ: زَوَّجْتُكَ لَا يَصِحُّ لِأَحَدٍ، إِلَّا إِذَا قَالَ الْآخِرُ: قَبِلْتُ فَيَصَحُّ لَهُ.

وَبَقِيَ أَيْضًا قَوْلُهُمْ: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي لِابْنِكَ، فَيَقُولُ: قَبِلْتُ، وَيُظْهَرُ لِي أَنَّهُ يَنْعَقِدُ لِلأَبِ لِإِسْنَادِ التَّرْوِيجِ، وَقَوْلُ أَبِي الْبَنْتِ: لِابْنِكَ مَعْنَاهُ: لِأَجْلِ ابْنِكَ فَلَا يُفِيدُ، وَكَذَا لَوْ قَالَ الْآخِرُ: قَبِلْتُ لِابْنِي لَا يُفِيدُ أَيْضًا، نَعَمْ لَوْ قَالَ: أَعْطَيْتُكَ بِنْتِي لِابْنِكَ، فَيَقُولُ: قَبِلْتُ فَالظَّاهَرُ أَنَّهُ يَنْعَقِدُ لِلابْنِ؛ لِأَنَّهُ قَوْلُهُ: أَعْطَيْتُكَ بِنْتِي لِابْنِكَ مَعْنَاهُ فِي الْعُرْفِ: أَعْطَيْتُكَ بِنْتِي زَوْجَةً لِابْنِكَ، وَهَذَا الْمَعْنَى وَإِنْ كَانَ هُوَ الْمُرَادُ عُرفًا مِنْ قَوْلِهِمْ: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي لِابْنِكَ لَكِنَّهُ لَا يَسَاعِدُهُ اللَّفْظُ كَمَا عَلِمْتُ، وَالتَّيَّةُ وَحْدَهَا لَا تَنْفَعُ كَمَا مَرَّ^(٤)، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ أَعْلَمُ.

٢٧٥/٢

(قَوْلُهُ: وَإِلَّا لَمْ يَنْعَقِدْ أَصْلًا لَهُ وَلَا لِابْنِهِ إلخ) أَمَّا لِلأَبِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْقَبُولِ، وَأَمَّا لِلابْنِ فَلَا بُدَّ الْمَحِيبِ خَصَّ الْأَبَ بِقَوْلِهِ: زَوَّجْتُكَ، وَإِنَّمَا سَمَّيْنَاهُ مُحِيبًا لِأَنَّ الْإِيجَابَ حَصَلَ بِقَوْلِهِ: زَوَّجْتُكَ، وَلِذَلِكَ يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ (اهـ))، "حَمِيرِيَّة". وَكَلَامُهُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ زَوَّجْتَنِي اسْتِخْبَارٌ لَا إِيجَابٌ، وَعَلَى أَنَّهُ إِيجَابٌ انْعَقَدَ لِنَفْسِهِ، مُتَّجِدٌ قَوْلُهُ: زَوَّجْتُكَ.

(١) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح ٢٢١/١-٢٢٢.

(٢) في المقولة نفسها.

(٣) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح ٢١/١.

(٤) في المقولة نفسها.

صَحَّ لِلصُّغْرَى، "حَانِيَّة"^(١).

(ولو بَعَثَ مُرِيدُ النِّكَاحِ (أَقْوَاماً لِلخِطْبَةِ فزَوَّجَهَا الأبُ) أَوِ الْوَلِيَّ (بِحَضْرَتِهِمْ صَحَّ) فَيُجْعَلُ الْمُتَكَلِّمُ فَقَطْ خَاطِباً وَالباقِي شُهوداً، بِهِ يُفْتَى، "فَتَحَّ".
(فِرْعَوْنُ) قَالَ: زَوَّجَنِي ابْنَتَكَ عَلَى أَنَّ أَمْرَهَا بِيَدِكَ.....

وَأَمَّا مَا فِي "الْخَيْرِيَّة"^(٢) فَيَمَنْ خَطَبَ لَابِنِهِ بِنْتَ أَخِيهِ، فَقَالَ أَبُوهَا: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي فَلَانَةً لَابْنِكَ، وَقَالَ الْآخَرُ: تَزَوَّجْتُ أَحَابَ: ((لَا يَنْعَقِدُ؛ لِأَنَّ التَّزْوِجَ غَيْرُ التَّزْوِيجِ)) أَهْدَفِيهِ نَظْرًا، بَلْ لَمْ يَنْعَقِدْ لِأَنَّ لِقَوْلِ أَبِي الْبِنْتِ: زَوَّجْتُكَ بِكَافِ الْخَطَابِ، وَلَا لِأَنَّهُ لَكُونُهُ عَمَّ الْبِنْتِ، حَتَّى لَوْ كَانَ أَجْنَبِيًّا عَنْهَا انْعَقَدَ النِّكَاحُ لَهُ، بَلْ هُوَ أَوَّلُ بِالْانْعِقَادِ لَهُ مِنْ^(٣) الْمَسْأَلَةِ الْمَارَّةِ^(٤) عَنْ "الظَّهْرِيَّة"؛ لِحَصُولِ الْإِضَافَةِ لَهُ فِي الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ بِخِلَافِ مَا فِي "الظَّهْرِيَّة"، وَكَوْنُ مُصَدِّرِ: زَوَّجْتُكَ التَّزْوِيجَ، وَمُصَدِّرِ: تَزَوَّجْتُ التَّزْوِجَ لَا يَظْهَرُ وَجْهًا؛ إِذْ لَا يُلْزَمُ اتِّحَادُ الْمَادَّةِ فِي الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ فَضْلاً عَنْ اتِّحَادِ الصِّيغَةِ، فَلَوْ قَالَ: زَوَّجْتُكَ، فَقَالَ: قِيلَتْ أَوْ رَضِيَتْ جَارَ، فَتَأَمَّلْ.

[١١٢٤٢] [قَوْلُهُ: صَحَّ الْإِجَافُ فِي "الْفَتْحِ"^(٥) عَنْ "الْفَتَاوَى": ((قِيلَ: لَا يَصَحُّ وَإِنْ قَبِلَ عَنِ الزَّوْجِ إِنْسَانٌ وَاحِدٌ؛ لِأَنَّهُ نِكَاحٌ بِغَيْرِ شُهودٍ؛ لِأَنَّ الْقَوْمَ كُلَّهُمْ خَاطِبُونَ مَنْ تَكَلَّمَ وَمَنْ لَا؛ لِأَنَّ التَّعَارُفَ هَكَذَا: أَنْ يَتَكَلَّمَ وَاحِدٌ وَيَسْكُتَ الْبَاقُونَ، وَالْخَاطِبُ لَا يَصِيرُ شَاهِداً، وَقِيلَ: يَصَحُّ، وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ فِي جَعْلِ الْكُلِّ خَاطِباً، فَيُجْعَلُ الْمُتَكَلِّمُ فَقَطْ وَالباقِي شُهوداً)) أَهْدَفِيهِ.
وَنَقَلَ بَعْدَهُ فِي "الْبَحْرِ"^(٦) عَنْ "الْخِلَاصَةِ"^(٧): ((أَنَّ الْمُخْتَارَ عَدَمُ الْجَوَازِ)) أَهْدَفِيهِ.

(١) "الحانية": كتاب النكاح - الباب الأول فيما يتعلق به انعقاد النكاح - الفصل الأول في الألفاظ التي ينقصد بها النكاح ٣٢٤/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح ٢١/١.

(٣) في "ب": ((عَنْ)).

(٤) في المقولة نفسها.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ١١٥/٣.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - فروع ٩٨/٣.

(٧) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل السادس في الشهود ق ٧٧/ب معزياً إلى "الفتاوى".

لم يكن له الأمر؛ لأنه تفويضٌ قبل النكاح. وكَلَهُ بأن يُزَوِّجَهُ فَلَانَهُ بِكَذَا، فزاد الوكيل في المهر لم ينفذ، فلو لم يعلم حتى دخل بقي الخيارين إجازته وفسخه، ولها الأقل من المسمى ومهر المثل؛ لأنَّ الموقوف كالفاسد. تزوج بشهادة الله ورسوله لم يحز،.....

ولا يخفى أنَّ لفظ الفتوى أكد ألفاظ التصحيح، ووفق بعضهم بحمل ما في "الخلاصة" على ما إذا قبلوا جميعاً.

وأقول: يُنفيه قول "الخلاصة"^(١): ((وقيل واحد من القوم))، ومثله ما مرَّ^(٢) عن "الفتح": ((وإن قيل عن الزوج إنسان واحد))، فافهم.

[١١٢٤٣] (قوله: لم يكن له الأمر إلخ) ذكر "الشارح"^(٣) في آخر باب الأمر باليد: ((نكحها على أن أمرها بيدها صح)) اهـ.

لكن ذكر [٢١/٣] في "البحر"^(٤) هناك: ((أن هذا لو ابتدأت المرأة فقالت: زوجت نفسي على أن أمري بيدي أطلق نفسي كلما أريد، أو على أنني طالق، فقال: قبلت وقع الطلاق، وصار الأمر بيدها، أمّا لو بدأ هو لا تطلق ولا يصير الأمر بيدها)) اهـ.

[١١٢٤٤] (قوله: بقي الخيار) أي: للموكل.

[١١٢٤٥] (قوله: ولها الأقل) أي: إذا اختار الفسخ، فإن كان المسمى أقل من مهر مثلها فهو لها؛ لأنها رضىت به^(٥)، فكانت مسقطاً ما زاد عنه إلى مهر المثل، وإن كان مهر المثل^(٦) أقل فهو لها؛ لأنَّ الزيادة عليه لم تلزم إلا بالتسمية في ضمن العقد، فإذا فسد العقد فسد ما في ضمنه، ولما كان العقد هنا موقوفاً لا فاسداً أجاب بقوله: ((لأنَّ الموقوف كالفاسد))، أفاده "الرحمني".

(١) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل السادس في الشهود ق ٧٧/ب معزياً إلى "الفتاوى".

(٢) في المقالة نفسها.

(٣) انظر "الدر" عند المقالة [١٣٧١٧] قوله: ((صح)).

(٤) "البحر": كتاب الطلاق - فصل الأمر باليد ٣٤٣/٣ بتصرف.

(٥) في "الأصل" و"ب" و"بها".

(٦) ((وإن كان مهر المثل)) ساقط من "الأصل".

بل قيل: يُكْفَرُ، والله أعلم.

وبه ظهر أن المراد بالمسمى ما سَمَّاه الوكيلُ لها لا ما سَمَّاه الموكلُ للوكيل، فإنه لا وَجْهَ له، فافهم.

[١١٢٤٦] (قوله: قيل: يُكْفَرُ) لأنه اعتقد أن رسول الله ﷺ عالمُ الغيب، قال في "التآرخانية"^(١): ((وفي "الحجة": ذكرَ في "الملتقط": أنه لا يُكْفَرُ؛ لأنَّ الأشياءَ تُعرضُ على رُوحِ النبي ﷺ، وأنَّ الرُّسُلَ يَعْرِفُونَ بعضَ الغيب، قال تعالى: ﴿عَلِمَ الْغَيْبُ فَلَا يَظْهَرُ عَلَى غَيْبِهِ أَحَدًا﴾ [الأنبياء: ٥١] أَرَضَى مِنْ رَسُولٍ [الجن: ٢٦، ٢٧]) اهـ.

قلت: بل ذكروا في كتب العقائد: أن من جملة كرامات الأولياء الإطلاع على بعض الغيبات، وردوا على المعتزلة المستدلين بهذه الآية على نفيها بأن المراد الإظهار بلا واسطة، والمراد من الرسول الملك، أي: لا يُظهِرُ على غَيْبِهِ بلا واسطة إلا الملك، أمَّا النبي والأولياء فيُظهِرُهُم عليه بواسطة الملك أو غيره. وقد بسطنا الكلام على هذه المسألة في رسالتنا المسماة "سل الحسام الهندي لنصرة سيدنا خالد النقشبندي"^(٢)، فراجعها فإن فيها فوائد نفيسة، والله تعالى أعلم.

(١) "التآرخانية": كتاب النكاح - الفصل السادس في الشهادة في النكاح ٦١٠/٢.

(٢) انظر "رسائل ابن عابدين" ٣١١/٢، وعزا المسألة فيها إلى "جامع الفصولين".

﴿فصل في المحرمات﴾

أسباب التحريم أنواع: قرابة، مصاهرة، رضاع،

﴿فصل في المحرمات﴾

شروع في بيان شرط النكاح أيضاً، فإنَّ كون المرأة مُحَلَّةً لتصير محلاً له، وأُفِرِدَ
 بفصل على حدة لكثرة شُعبِهِ، "بحر"^(١).

[١١٢٤٧] (قوله: قرابة) كفروعِهِ - وهم بناتُهُ وبناتُ أولادِهِ وإن سَقَلْنَ - وأصولِهِ - وهم
 أمَّهُاتُهُ وأُمَّهَاتُ أمَّهُاتِهِ وآبائِهِ وإن عَلَوْنَ - وفُروعُ أبويه وإن نَزَلْنَ - فتحرُّمُ بناتِ الإخوةِ
 والأخواتِ، وبناتُ أولادِ الإخوةِ والأخواتِ [٣/٢١ق/ب] وإن نَزَلْنَ - وفُروعُ أجدادِهِ وجدَّاتِهِ
 بيطْنٍ واحدٍ، فلهذا تحرُّمُ العَمَّاتِ والخالاتِ، وتَحِلُّ بناتُ العَمَّاتِ والأعمامِ والخالاتِ
 والأحوالِ، "فتح"^(٢).

[١١٢٤٨] (قوله: مُصَاهَرَةٌ) كفُروعُ نسائِهِ المدخولِ بهنَّ وإن نَزَلْنَ، وأمَّهُاتِ الزَّوْجَاتِ
 وجدَّاتِهِنَّ بَعْدَ صَحِيحٍ وإن عَلَوْنَ وإن لم يَدْخُلْ بالزَّوْجَاتِ، وتحرُّمُ موطوعاتِ آبائِهِ وأجدادِهِ وإن
 عَلَوْا ولو بَزْنًا، والمعقوداتُ لهم عليهنَّ بَعْدَ صَحِيحٍ، وموطوعاتُ أَبْنائِهِ وَأَبْنَاءِ أولادِهِ وإن سَقَلُوا ولو
 بَزْنًا، والمعقوداتُ لهم عليهنَّ بَعْدَ صَحِيحٍ، "فتح"^(٣). وكذا المُقْبَلَاتُ أو الملموساتُ بشهوةٍ لأصولِهِ
 أو فُروعِهِ، أو مَنْ قَبِلَ أو لَمَسَ أَصُولَهُنَّ أو فُروعَهُنَّ.

[١١٢٤٩] (قوله: رِضَاعٌ) فيَحْرُمُ بِهِ ما يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ إِلَّا ما اسْتِثْنَيْتِي كما سيأتي^(٤)

في بابِهِ، وهذه الثَّلَاثَةُ مُحَرَّمَةٌ على التَّائِيْدِ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٩٨/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٧/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٧/٣.

(٤) انظر "الدر" عند المقولة [١٢٧٩٥] قوله: ((يفارق النسب الإرضاع)).

جَمْعٌ، مِلْكٌ، شِرْكٌ، إِدْخَالُ أَمَةٍ عَلَى حُرَّةٍ، فَهِيَ سَبْعَةُ ذَكَرَهَا "المُصَنَّفُ" ^(١) بِهَذَا التَّرْتِيبِ،.....

[١١٢٥٠] (قَوْلُهُ: جَمْعٌ) أَي: بَيْنَ الْمُحَارِمِ كَأُخْتَيْنِ وَنَحْوَهُمَا، أَوْ بَيْنَ الْأُجْنِبِيَّاتِ زِيَادَةً

عَلَى أَرْبَعٍ.

[١١٢٥١] (قَوْلُهُ: مِلْكٌ) كَنِكَاحِ السَّيِّدِ أَمَتَهُ وَالسَّيِّدَةِ عَبْدَهَا، "فَتْح" ^(٢). وَعَبَّرَ بِدَلِّ الْمِلْكِ بِالتَّنَافِي، أَي: لِأَنَّ الْمَالِكِيَّةَ تُتَنَافَى الْمَمْلُوكِيَّةُ كَمَا سَيَأْتِي بَيَانُهُ ^(٣)، وَشَمِلَ مِلْكُهُ لِبَعْضِهَا أَوْ مِلْكُهَا لِبَعْضِهَا.

[١١٢٥٢] (قَوْلُهُ: شِرْكٌ) عِبَارَةٌ "الْفَتْح" ^(٤): ((عَدَمُ الدِّينِ السَّمَائِيِّ كَالْجُحُوسِيَّةِ وَالْمُشْرِكَةِ)) اهـ. وَتَشْمَلُ أَيْضًا الْمَرْتَدَّةَ وَنَافِيَةَ الصَّانِعِ تَعَالَى.

[١١٢٥٣] (قَوْلُهُ: إِدْخَالُ أَمَةٍ عَلَى حُرَّةٍ) أَدْخَلَهُ "الزَّيْلَعِيُّ" فِي حُرْمَةِ الْجَمْعِ فَقَالَ ^(٥): ((وَحُرْمَةُ الْجَمْعِ بَيْنَ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ وَالْحُرَّةُ مُتَقَدِّمَةٌ))، وَهُوَ الْأَنْسَبُ، "بَحْر" ^(٦). أَي: لِلضَّبْطِ وَتَقْلِيلِ الْأَقْسَامِ، وَكَذَا فَعَلَ فِي "الْفَتْح" ^(٧)، لَكِنَّ الْأَوَّلَى أَنْ يُقَالَ: وَالْحُرَّةُ غَيْرُ مُتَأَخَّرَةٍ لِيَشْمَلَ مَا لَوْ تَزَوَّجَهُمَا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ، فَفِي "الزَّيْلَعِيِّ" ^(٨): ((صَحَّ نِكَاحُ الْحُرَّةِ وَبَطَلَ نِكَاحُ الْأَمَةِ)).

(١) ذَكَرَ الْمُصَنَّفُ الْأَرْبَعَةَ الْأَوَّلَى مُرْتَبَةً كَمَا ذَكَرَهَا الشَّارِحُ، وَاخْتَلَفَ التَّرْتِيبُ فِي الْبَاقِي عَنِ تَرْتِيبِ الشَّارِحِ، انْظُرْ

"الْمَنْحَ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْهَرَمَاتِ ١/ ق ١١٤/ب.

(٢) "الْفَتْحَ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْهَرَمَاتِ ١١٨/٣.

(٣) الْمَقُولَةُ [١١٣٨٣] قَوْلُهُ: ((لَأَنَّ الْمَمْلُوكِيَّةَ [إِلْحَ])).

(٤) "الْفَتْحَ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْهَرَمَاتِ ١١٨/٣.

(٥) "تَبْيِينَ الْحَقَائِقَ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْهَرَمَاتِ ١١٢/٢ بِتَصْرِفٍ.

(٦) "الْبَحْرَ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْهَرَمَاتِ ٩٨/٣.

(٧) "الْفَتْحَ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْهَرَمَاتِ ١١٨/٣.

(٨) "تَبْيِينَ الْحَقَائِقَ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْهَرَمَاتِ ١١٢/٢.

وبقيَ التَّطْلِيقُ ثلاثاً، وتعلّقُ حقُّ الغيرِ بنكاحٍ أو عدّةٍ، ذَكَرَهُمَا فِي الرَّجْعَةِ.
(حَرَمٌ) عَلَى الْمُتَزَوِّجِ ذَكَراً كَانَ أَوْ أُنْثَى نِكَاحُ (أَصْلِهِ وَفِرْعِهِ).....

[١١٢٥٤] (قوله: وبقي إلخ) زاد في "شرحه" على "الملتقى" ^(١) اثنين آخرين أيضاً، حيث قال: ((قلت: وبقي من المحرمات الخنثى المشكّل لجوارِ ذكوريته، والجنّية وإنسان الماء لاختلاف الجنس)) اهـ. قلت: وكأنّه استغنى هنا عن ذكرهما بما قدّمه ^(٢) أوّل النكاح، ويزاد خامسٌ سيذكره في بابِه، وهو حرمة اللعان، وقد نظمتُ السبعةَ مع الخمسةِ المزيّدة بقولي:

أَنْوَاعُ تَحْرِيمِ النِّكَاحِ سَبْعُ	قَرَابَةُ مِلْكٍ رِضَاعٌ جَمْعُ
كَذَلِكَ شِرْكٌ نِسْبَةُ ^(٣) الْمَصَاهِرَةُ	وَأَمَّةٌ عَنْ حُرَّةٍ مُؤَخَّرَةٍ
وَزَيْدٌ خَمْسَةٌ أَتَتْكَ بِالْبَيَانِ	تَطْلِيقُهُ لَهَا ثَلَاثًا وَاللَّعَانُ
تَعَلَّقَ بِحَقِّ غَيْرٍ مِنْ نِكَاحٍ	أَوْ عِدَّةٍ خُنْثَى بِلَا اتِّصَاحٍ [١/٢٢ق/٣]
وَأَخِيرُ الْكُلِّ اخْتِلَافُ الْجِنْسِ	كَالْجِنِّ وَالْمَائِيِّ لِنَوْعِ الْإِنْسِ

[١١٢٥٥] (قوله: حَرَمٌ عَلَى الْمُتَزَوِّجِ) أي: مُرِيدُ التَّزَوُّجِ، وقوله: ((ذَكَراً كَانَ أَوْ أُنْثَى))

﴿فصل في المحرمات﴾

(قوله: زاد في "شرحه" على "الملتقى": ((اثنين)) إلخ) قد يُقال: لا حاجة لِمَا زاده؛ لأنَّ القصدَ بيانُ أسبابِ التَّحْرِيمِ مع كونِ الخلِّ أهلاً للنكاح وهو: المحقّقُ أنوثته من بنات آدم، فلا تدخلُ حينئذٍ الخنثى، ولا الجنّية، ولا إنسانة الماء حتّى يحتاجَ إلى إخراجها بإثباتِ أسبابِ التَّحْرِيمِ فيها من الخُنْثَى واختلافِ الجنس.

(١) "الدر الملتقى": كتاب النكاح - باب المحرمات ٣٢٢/١ (هامش "جمع الأنهر").

(٢) المقولة [١١١٠٠] قوله: ((والمحارم)).

(٣) في "٣": ((حرمة)).

علا أو نزلَ (وبنت أخيه وأختيه وبنتها) ولو من زنا (وعمتيه وخالاته).....

بياناً لفائدة إرجاع الضمير إلى المتزوج الشامل لهما لا إلى الرجل، فإن ما يحرم على الرجل يحرم على الأنثى إلا ما يختص بأحد الفريقين بدليله، فالمراد هنا أن الرجل كما يحرم عليه تزوج أصله أو فرعيه كذلك يحرم على المرأة تزوج أصلها أو فرعها، وكما يحرم عليه تزوج بنت أخيه يحرم عليها تزوج ابن أخيها وهكذا، فيؤخذ في جانب المرأة نظير ما يؤخذ في جانب الرجل لا عتبه، وهذا معنى قوله في "المنح"^(١): ((كما يحرم على الرجل أن يتزوج بمن ذكر يحرم على المرأة أن تتزوج بنظير من ذكر)) اهـ.

فلا يقال: إنه يلزم أن يصير المعنى: يحرم على المرأة أن تتزوج بنت أخيها؛ لأن نظير بنت الأخ في جانب الرجل ابن الأخ في جانب المرأة، ولا يرد أيضاً أنه يلزم من حرمة تزوج الرجل بأصله كأمه حرمة تزوجها بفرعها؛ لأن التصريح بالآزم غير معيب، فافهم.

[١٢٥٦] (قوله: علا أو نزل) نشر على ترتيب اللف، وتفكيك الضمائر إذا ظهر المراد يقع في الكلام الفصيح، فافهم.

[١٢٥٧] (قوله: وأختيه) عطف على ((بنت)) لا على ((أخيه)) بقرينة قوله: ((وبنتها))، لكنه^(٢) مجرور بالنظر للشرح مرفوع بالنظر للمتن، "ح"^(٣)؛ لأن المضاف - وهو ((نكاح)) - الداخل على قوله: ((أصله)) من كلام "الشراح".

[١٢٥٨] (قوله: ولو من زنا) أي: بأن يزني الزاني بذكرٍ ومسيكها حتى تلد بنتاً، "بجر"^(٤) عن "الفتح"^(٥). قال "الحانوتي": ((ولا يتصور كونها ابنته من الزنا إلا بذلك؛ إذ لا يعلم كون

(١) "المنح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١/١١٤ ب.

(٢) ((لكنه)) ساقطة من "الأصل".

(٣) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١/١٥٤ أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٩٩/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٧/٣.

الولد منه إلا به)) اهـ، أي: لأنه لو لم يُمسيكها يُحتمل أن غيره زنى بها لعدم الفرائض النافي لذلك الاحتمال.

قال "ح" ^(١): ((قوله: ولو من زنا تعميم بالنظر إلى كل ما قبله، أي: لا فرق في أصله أو فرعيه أو أختيه أن يكون من الزنا أو لا، وكذا إذا كان له أخ من الزنا له بنت من النكاح، أو من النكاح له بنت من الزنا، وعلى قياسه قوله: وبنتها وعمته وحالته، أي: أختيه من النكاح لها بنت من الزنا ^(٢)، أو من الزنا لها بنت من النكاح، أو من الزنا لها بنت من الزنا، وكذا أبوه من النكاح له أخت من الزنا، أو من الزنا له أخت من النكاح، أو من الزنا ^(٣) له أخت من الزنا، وكذا أمه من النكاح [ب/٢٢ق/٣] لها أخت من الزنا، أو من الزنا لها أخت من النكاح، أو من الزنا لها أخت من الزنا. إذا عرفت هذا فكان ينبغي أن يؤخر التعميم عن قوله: وحالته)) اهـ.

قلت: لكن ما ذكره "الشارح" أحوط؛ لأنه اقتصر على ما رآه منقولاً في "البحر" ^(٤) عن "الفتح" ^(٥)، حيث قال: ((ودخل في البنت بنته من الزنا، فتحرم عليه بصريح النص؛ لأنها بنته لغة، والخطاب إنما هو باللغة العربية ما لم يثبت نقل كلفظ الصلاة ونحوه، فيصير منقولاً شرعياً،

(قوله: لأنها بنته لغة، والخطاب إنما هو باللغة العربية ما لم يثبت نقل إلخ) ولا يقال: بل ثبت شرعاً حيث لم يثبت النسب من الزاني؛ لأننا نقول: ثبوت النسب أمر فوق تسميتها بنتاً، ولم يثبت في اللغة العربية أن المخلوقة من مائه لا تسمى بنتاً، ولا ورد نقل مفيد لذلك اهـ، من "السندي".

(١) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٤/١.

(٢) من ((وعلى قياسه)) إلى ((من الزنا)) ساقط من "الأصل".

(٣) من ((من النكاح له أخت)) إلى ((من الزنا)) ساقط من "ب".

(٤) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٩٩/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٨/٣.

وكذا أختُهُ من الزَّنا وَبِنْتُ أَخِيهِ وَبِنْتُ أَخِيهِ أَوْ ابْنِهِ مِنْهُ)) اهـ. فلو أُخِرَ التَّعْمِيمُ عَنِ الْكُلِّ لَكَانَ^(١) غَيْرَ مُصِيبٍ فِي اتِّبَاعِ النَّقْلِ.

على أَنَّ مَا ذَكَرَهُ فِي "البحر" هُنَا مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرَهُ نَفْسُهُ فِي كِتَابِ الرِّضَاعِ^(٢): ((مَنْ أَنْ بِنْتُ مِنَ الزَّنا لَا تَحْرُمُ عَلَى عَمِّ الزَّانِي وَخَالِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْبَلْ نَسَبُهَا مِنَ الزَّانِي حَتَّى يَظْهَرَ فِيهَا حُكْمُ الْقَرَابَةِ، وَأَمَّا التَّحْرِيمُ عَلَى آبَاءِ الزَّانِي وَأَوْلَادِهِ فَلَا عِتَابَ الْجَزَائِيَّةِ، وَلَا جَزَائِيَّةَ بَيْنِهَا وَبَيْنَ الْعَمِّ وَالْخَالِ)) اهـ. ومثلهُ فِي "الفتح"^(٣) هُنَاكَ عَنْ "التَّجْنِيسِ"، وَسَنَذَكُرُ^(٤) عِبَارَةَ "التَّجْنِيسِ"^(٥) قَرِيباً، فَافْهَم.

(تَنْبِيْهٌ)

ذَكَرَ فِي "البحر"^(٦): ((أَنَّهُ دَخَلَ بِنْتُ الْمَلَاعِنَةِ أَيْضاً، فَلَهَا حُكْمُ الْبِنْتِ هُنَا؛ لِأَنَّهُ بِسَبِيلِ مَنْ أَنْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ وَيَدَّعِيَهَا فَيُبَيِّنَ نَسَبُهَا مِنْهُ كَمَا فِي "الفتح"^(٧)))، قَالَ: ((وَقَدْ مَنَّا فِي بَابِ الْمَصْرَفِ عَنِ "المعراج": أَنَّ وَلَدَ أُمِّ الْوَلَدِ الَّذِي نَفَاهُ لَا يَجُوزُ دَفْعُ الزَّكَاةِ إِلَيْهِ، وَمَقْتَضَاهُ ثُبُوتُ الْبِنْتِيَّةِ فِيمَا يُنْبَى عَلَى الْإِحْتِيَاظِ، فَلَا يَجُوزُ لَوْلَدِهِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا؛ لِأَنَّهَا أُخْتُه إِحْتِيَاظاً، وَيَتَوَقَّفُ عَلَى نَقْلِ، وَبِمَكْنٍ أَنْ يَقَالَ فِي بِنْتِ الْمَلَاعِنَةِ: إِنَّهَا تَحْرُمُ بِاعْتِبَارِ أَنَّهَا رَبِيبَةٌ^(٨)، وَقَدْ دَخَلَ بِأُمِّهَا، لَا لِمَا تَكَلَّفَهُ فِي "الفتح" كَمَا لَا يَخْفَى))، انْتَهَى، لَكِنْ ثُبُوتُ اللَّعَانِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الدُّخُولِ بِأُمِّهَا، وَحِينَئِذٍ فَلَا يَلْزَمُ أَنْ تَكُونَ رَبِيبَتُهُ، "نَهْر"^(٩).

(١) فِي "الأصل" وَ"ب" وَ"م": ((كَانَ)).

(٢) "البحر": كِتَابُ الرِّضَاعِ ٢٤٣/٣ - ٢٤٤ بِتَصْرِفٍ.

(٣) "الفتح": كِتَابُ الرِّضَاعِ ٣١٥/٣.

(٤) الْمَقُولَةُ [١١٢٧٤] قَوْلُهُ: ((نَسَباً)).

(٥) ((وَسَنَذَكُرُ عِبَارَةَ "التَّجْنِيسِ" سَاقِطٌ مِنْ "الأصل").

(٦) "البحر": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلٌ فِي الْمَحْرَمَاتِ ٩٩/٣ بِإِخْتِصَارٍ.

(٧) "الفتح": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلٌ فِي الْمَحْرَمَاتِ ١١٨/٣.

(٨) فِي "٣": ((رَبِيبَتُهُ)).

(٩) "النهر": كِتَابُ النِّكَاحِ - أَسْبَابُ الْحَرَمَةِ ق ١٦٥/أ.

فهذه السبعة مذكورة في آية ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [النساء - ٢٣]، ويدخل عمّة جدّه وجدّته وخالتهما الأشقاء وغيرهنّ، وأمّا عمّة عمّة أمّه وخالة خالة أبيه فحلال كَبُنْتُ عمّه وعمّته وخاله وخالته؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ [النساء - ٢٤].....

[١١٢٥٩] (قوله: فهذه السبعة إلخ) لكن اختلف في توجيه حرمة الجدّات وبنات البنات، فقيل بوضع اللفظ وحقيقته؛ لأنّ الأمّ في اللغة الأصل والبنّت الفرع، فيكون الاسم حينئذٍ من قبيل المشكك، وقيل بعموم الجاز، وقيل بدلالة النصّ، والكلّ صحيح، وتماؤه في "البحر" (١). وأفاد أنّ حرمة البنّت من الرّنا بصريح النصّ المذكور كما تقدّم (٢).

[١١٢٦٠] (قوله: ويدخل عمّة جدّه وجدّته) أي: في قول المتن: ((وعمّته)) كما دخلت في قوله تعالى: ﴿وَعَمَّتُكُمْ﴾ [النساء - ٢٣]، ومثله قوله: ((وخالتهما)) كما في "الزّيّلي" (٣)، "ح" (٤).

[١١٢٦١] (قوله: الأشقاء وغيرهنّ) [٢٣ق/٣] لا يختصّ هذا التعميم بالعمّة والخالة، فإنّ جميع ما تقدّم سوى الأصل والفرع كذلك كما أفادته الإطلاقي، لكنّ فائدة التصريح به هنا التّبيه على مخالفتيه لما بعده كما تعرفه، فافهم.

[١١٢٦٢] (قوله: وأمّا عمّة عمّة أمّه إلخ) قال في "النهر" (٥): ((وأمّا عمّة العمّة وخالة الخالة فإنّ كانت العمّة القُربى لأمّه لا تحرّم، وإلاّ حرّمت، وإنّ كانت الخالة القُربى لأبيّه لا تحرّم، وإلاّ حرّمت؛ لأنّ أبا العمّة حينئذٍ يكون زوج أمّ أبيه، فعمّتها أخت زوج الجدّه أمّ الأب، وأخت زوج الأمّ لا تحرّم، فأخت زوج الجدّه بالأوّل، وأمّ الخالة القُربى تكون (٦) امرأة الجدّ أبي الأمّ، فأختها أخت امرأة أبي الأمّ، وأخت امرأة الجدّ لا تحرّم)). اهـ.

(١) انظر "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٩٩/٣.

(٢) في المقالة السابقة.

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٢/٢.

(٤) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٤/أ.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٥/أ.

(٦) في "٣": ((لا تكون)) وهو خطأ.

(و) حَرَمَ بالمصاهرة (بنتُ زوجته الموطوعة.....)

والمراد من قوله: ((لأمه)) أن تكون العمّة أخت أبيه لأمّ احترازاً عما إذا كانت أخت أبيه لأبٍ أو لأبٍ وأمّ، فإنّ عمّة هذه العمّة لا تحلّ؛ لأنها تكون أخت الجدّ أبي الأب، والمراد من قوله: ((وإن كانت الخالة القُربى لأبيه)) أن تكون أخت أمّه لأبيها احترازاً عما إذا كانت أختها لأُمّها أو شقيقة، فإنّ خالة هذه الخالة تكون أخت جدّته أمّ أمّه، فلا تحلّ. وكأنّ "الشارح" فهم من قول "النهر": ((لأمه)) وقوله: ((لأبيه)) أنّ الضمير فيهما راجع إلى مُريد النكاح - كما هو المتبادر منه - فقال ما قال، وليس كذلك لما علمته، فكان عليه أن يقول: وأمّا عمّة العمّة لأمّ وخالة الخالة لأبٍ، ويمكنُ تصحيحُ كلامه بأن تُقيدَ العمّة القُربى بكونها أخت الجدّ لأمّه والخالة القُربى بكونها أخت الجدّة لأبيها كما أوضحه "الحشي"، وأمّا على إطلاقه فغيرُ صحيح.

[١١٢٦٣] (قوله: بنتُ زوجته الموطوعة) أي: سواء كانت في حجره - أي: كنفه ونفقته - أو لا، وذكرُ الجرح في الآية خرجَ مخرجَ العادة، أو ذكرٌ للتشنيع عليهم كما في "البحر"^(١)، واحترازٌ بالموطوعة عن غيرها، فلا تحرّم بنتها بمجرّد العقد، وفي "ح"^(٢) عن "الهندية"^(٣): ((أنّ الخلوة بالزوجة لا تقوم مقام الوطء في تحريم بنتها)) اهـ.

قلت: لكنّ في "التحسيس" عن "أجناس الناطقي": ((قال في "نوادير أبي يوسف"^(٤): إذا خلا بها في صوم رمضان أو حال إحصائهم لم يحلّ له أن يتزوَّج بنتها، وقال "محمد": يحلّ، فإنّ الزوج لم يجعل واطئاً، حتّى كان لها نصف المهر)) اهـ.

وظاهره: أنّ الخلاف في الخلوة الفاسدة، أمّا الصّحيحة فلا خلاف في أنّها تحرّم البنت، تأمل. [٣/٢٣ق/ب] وسيأتي^(٥) تمام الكلام عليه في باب المهر عند ذكر أحكام الخلوة. ويشرطُ وطؤها في حال كونها مُشتهاة، أمّا لو دخل بها صغيرة لا تستهي، فطلقها فاعتدت

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٠/٣ بتصرف.

(٢) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٥٤ق/ب.

(٣) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - القسم الثاني: المحرمات بالصهرية ٢٧٤/١ بتصرف.

(٤) "النوادر": للفاضل أبي يوسف، يعقوب بن إبراهيم، صاحب أبي حنيفة رحمهما الله. ("أسماء الكتب" ص ٤٥٠،

"الخواهر المضية" ٢٢٠/٢، "الفوائد البهية" ص ٢٢٠-).

(٥) للمقولة [١٢٠١٧] قوله: ((وحرمه البنات)).

وأُمُّ زَوْجَتِهِ) وَجَدَّتَاهَا مطلقاً. عَجَرَدُ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ (وإنْ لَمْ تُوطَأِ) الزَّوْجَةُ؛ لِمَا تَقَرَّرَ أَنَّ وَطْءَ الْأُمّهَاتِ يُحَرِّمُ الْبَنَاتِ، وَنِكَاحَ الْبَنَاتِ يُحَرِّمُ الْأُمّهَاتِ،.....

بِالْأَشْهَرِ، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِهِ فَجَاءَتْ بِنْتٌ حَلَّ لَوَاطِئِ أُمّهَا قَبْلَ الْإِشْتِهَاءِ التَّزْوُجِ بِهَا كَمَا يَأْتِي^(١)، مَتْنًا، وَكَذَا يُشْتَرَطُ فِيهِ أَنْ يَكُونَ فِي حَالِ الْوُطْءِ مُشْتَهًى كَمَا نَذَرُهُ^(٢) هُنَاكَ.

[١١٢٦٤] (قَوْلُهُ: وَأُمُّ زَوْجَتِهِ) خَرَجَ أُمُّ أُمْتِهِ، فَلَا تَحَرُّمٌ إِلَّا بِالْوُطْءِ أَوْ دَوَاعِيهِ؛ لِأَنَّ لَفْظَ النِّسَاءِ إِذَا أُضِيفَ إِلَى الْأَزْوَاجِ كَانَ الْمُرَادُ مِنْهُ الْحَرَائِرُ كَمَا فِي الظَّهَارِ وَالْإِيلَاءِ، "بَحْر"^(٣). وَأَرَادَ بِالْحَرَائِرِ النِّسَاءَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِنَّ وَلَوْ أُمَةً لِغَيْرِهِ كَمَا أَفَادَهُ "الرَّحْمَنِيُّ" وَ"أَبُو السَّعُود"^(٤).

[١١٢٦٥] (قَوْلُهُ: وَجَدَّتَاهَا مطلقاً) أَي: مِنْ قَبْلِ أَبِيهَا وَأُمّهَا وَإِنْ عَلَوْنَ، "بَحْر"^(٥).

[١١٢٦٦] (قَوْلُهُ: عَجَرَدُ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ) يُفَسِّرُهُ قَوْلُهُ: ((وإنْ لَمْ تُوطَأِ))، "ح"^(٦).

[١١٢٦٧] (قَوْلُهُ: الصَّحِيحِ) احْتِرَازٌ عَنِ النِّكَاحِ الْفَاسِدِ، فَإِنَّهُ لَا يُوجِبُ عَجَرَدِهِ حُرْمَةَ الْمَصَاهِرَةِ، بَلْ بِالْوُطْءِ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ مِنَ الْمَسِّ بِشَهْوَةٍ وَالنَّظَرِ بِشَهْوَةٍ؛ لِأَنَّ الْإِضَافَةَ لَا تُثَبِّتُ إِلَّا بِالْعَقْدِ الصَّحِيحِ، "بَحْر"^(٧)، أَي: الْإِضَافَةَ إِلَى الضَّمِيرِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَمَّهَتْ نِسَاءَكُمْ﴾ [النِّسَاء - ٢٣]، أَوْ فِي قَوْلِهِ: ((وَأُمُّ زَوْجَتِهِ)). وَيُوجَدُ فِي بَعْضِ النُّسخِ زِيَادَةُ قَوْلِهِ: ((فَالْفَاسِدُ لَا يُحَرِّمُ إِلَّا مَسَّ بِشَهْوَةٍ وَنَحْوَهُ)).

[١١٢٦٨] (قَوْلُهُ: الزَّوْجَةُ) أَبْلَكُهُ فِي "الدَّرَرِ"^(٨) بِالْأَمِّ، وَهُوَ سَبَقُ قَلَمٍ.

(قَوْلُ "الشَّارِحِ": لِمَا تَقَرَّرَ أَنَّ وَطْءَ الْأُمّهَاتِ يُحَرِّمُ الْبَنَاتِ إلخ) السَّرُّ فِي كِفَايَةِ النِّكَاحِ فِي تَحْرِيمِ

(١) "در" ص ١١٧-١١٨.

(٢) المَقُولَةُ [١١٣١٦] قَوْلُهُ: ((فَلَوْ جَامِعٌ غَيْرُ مَرَاهِقٍ)).

(٣) "الْبَحْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ١٠٠/٣.

(٤) "فَتْحُ الْمُعِينِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ١٢/٢، وَفِيهِ: ((وَأَرَادَ بِالْحَرَائِرِ الْمَمْلُوكَةَ بَعْدَ النِّكَاحِ)).

(٥) "الْبَحْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ١٠٠/٣.

(٦) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ١٠٤/١.

(٧) "الْبَحْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ١٠٠/٣.

(٨) "الدَّرَر": كِتَابُ النِّكَاحِ ٣٣٠/١.

وَيَدْخُلُ بَنَاتُ الرَّبِيبَةِ وَالرَّيْبِيبِ، وَفِي "الْكَشَافِ": ((وَاللَّمْسُ وَنَحْوُهُ كَالدُّخُولِ عِنْدَ "أَبِي حَنِيفَةَ"))، وَأَقَرَّهُ "المَصْنُفُ" (وَزَوْجَةُ أَصْلِهِ وَفِرْعِهِ مُطْلَقًا).....

[١١٢٦٩] (قَوْلُهُ: وَيَدْخُلُ) أَي: فِي قَوْلِهِ: ((وَبَنْتُ زَوْجَتِهِ)) بَنَاتُ الرَّبِيبَةِ وَالرَّيْبِيبِ، وَبَنْتُ حُرْمَتُهُنَّ بِالإِجْمَاعِ وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَرَبِّائِكُمْ﴾ [النِّسَاء - ٢٣]، "بِحَرْ" ^(١).

[١١٢٧٠] (قَوْلُهُ: وَفِي "الْكَشَافِ" ^(٢)) (إِلْحَ) تَبَعَ فِي النِّقْلِ عَنْهُ صَاحِبُ "الْبَحْرِ" ^(٣)، وَلَا يَخْفَى أَنَّ الْمُتَوَّنَ طَافِحَةً بِأَنَّ اللَّمْسَ وَنَحْوَهُ كَالْوِطْءِ فِي إِجْبَائِهِ حُرْمَةَ الْمَصَاهِرَةِ مِنْ غَيْرِ اخْتِصَاصٍ بِمَوْضِعٍ دُونَ مَوْضِعٍ، لَكِنْ لَمَّا كَانَتِ الْآيَةُ مُصَرِّحَةً بِحُرْمَةِ الرَّبَائِبِ بِقَيْدِ الدُّخُولِ وَبِعَدَمِهَا عِنْدَ عَدَمِهِ كَانَ ذَلِكَ مَقْطَعَةً أَنْ يُتَوَهَّمُ أَنَّ خُصُوصَ الدُّخُولِ هُنَا لَا بَدَأَ مِنْهُ، وَأَنَّ تَصْرِيحَهُمْ بِأَنَّ اللَّمْسَ وَنَحْوَهُ يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمَصَاهِرَةِ مُخْصِصًا بِمَا عَدَا الرَّبَائِبَ لظَاهِرِ الْآيَةِ، فَقُلَّ التَّصْرِيحُ عَنْ "أَبِي حَنِيفَةَ" بِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الْوِطْءِ هُنَا لِدَفْعِ ذَلِكَ الْوَهْمِ وَلِيَبَانَ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ تَحْرِيجَاتِ الْمَشَائِخِ، وَكَأَنَّهُ لَمْ يَجِدِ التَّصْرِيحَ بِهِ هُنَا عَنْ "أَبِي حَنِيفَةَ" إِلَّا فِي "الْكَشَافِ" فَقُلَّ ذَلِكَ عَنْهُ؛ لِأَنَّ "الرَّيْحَنَشَرِيَّ" مِنْ مَشَائِخِ الْمَذْهَبِ، وَهُوَ حُجَّةٌ فِي النِّقْلِ، وَلَكُونِ الْمَوْضِعِ مَوْضِعَ خَفَاءٍ أَكَّدَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: ((وَأَقَرَّهُ "المَصْنُفُ"))، فَافْهَمُ.

[١١٢٧١] (قَوْلُهُ: وَزَوْجَةُ أَصْلِهِ وَفِرْعِهِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾

الْأُمَّهَاتُ دُونَ تَحْرِيمِ الْبَنَاتِ أَنْ تَعْلُقَ الْفَرْعَ بِأَصْلِهِ أَقْوَى مِنَ الْعَكْسِ، يَعْنِي: أَنَّ سِرَابِيَةَ الْحُرْمَةِ مِنْ نِكَاحِ الْبَنَاتِ إِلَى الْأُمَّهَاتِ مَبْنِيٌّ عَلَى شِدَّةِ تَعْلُقِهِنَّ، وَعَدَمُ سِرَابِيَّتِهِنَّ فِي الْعَكْسِ يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ شِدَّةِ أَهْلِ "خَادِمِي" عَنْ "الْوَانِي". وَذَكَرَ "السَّنْدِيُّ" عَنْ "السُّنْصَنِيِّ": ((أَنَّ السَّرَّ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْأُمَّ تُؤَثِّرُ بَنَتَهَا عَلَى نَفْسِهَا فِي الْعَادَةِ، فَلَمْ تَحْرَمْ الْبَنَتُ بِالْعَقْدِ عَلَى الْأُمِّ بِخِلَافِ الْعَكْسِ، فَكَانَتِ الْقَطِيعَةُ فِي تَرْوِيجِ الْأُمِّ بَعْدَ الْعَقْدِ عَلَى الْبَنَتِ أَشَدَّ أَهْ)).

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٠/٣.

(٢) "الكشاف": ٥٣/٢ سورة النساء - الآية (٢٣).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٠/٣.

ولو بعيداً، دخلَ بها أو لا^(١)، وأما بنتُ زوجة أبيه أو ابنة فحلالٌ.
(و) حَرَّمَ (الكلُّ) مما مرَّ^(٢) تحريمُهُ نسباً ومصاهرةً (رضاعاً) إلا ما استثنِي في بابِهِ..

[النساء- ٢٢]، وقوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ [النساء- ٢٣]، والحليلة [٣/٢٤] والزوجة، وأما حرمة الموطوءة بغير عقد فبدليل آخر، وذكر الأصحاب لإسقاط حليلة الابن المتبنى، لا لإحلال حليلة الابن رضاعاً، فإنها تحرم كالنسب، "بحر"^(٣) وغيره.

[١١٢٧٢] (قوله: ولو بعيداً إلخ) بيان للإطلاق، أي: ولو كان الأصل أو الفرع بعيداً كالجد وإن علا وابن الابن وإن سفل، وتحرم زوجة الأصل والفرع بمجرد العقد دخل بها أو لا.

[١١٢٧٣] (قوله: وأما بنتُ زوجة أبيه أو ابنة فحلالٌ) وكذا بنتُ ابنتها، "بحر"^(٤). قال "الخَيْرُ الرَّمْلِيُّ": ((ولا تحرم بنتُ زوج الأم، ولا أمُّه، ولا أمُ زوجة الأب، ولا بنتُها، ولا أمُ زوجة الابن، ولا بنتُها، ولا زوجة الرَّبِّيب، ولا زوجة الرَّابِّ)) اهـ.

[١١٢٧٤] (قوله: نسباً) تمييز عن نسبة ((تحريمه^(٥))) للضمير المضاف إليه، وكذا قوله: ((مُصَاهَرَةً))، وقوله: ((رضاعاً)) تمييز عن نسبة ((تحريم)) إلى الكل، يعني: يحرم من الرضاع أصوله وفروعه، وأبويه وفروعهم، وكذا فروع أجداده وجداته الصليبيون، وفروع زوجتيه وأصولها، وفروع زوجها وأصوله، وحلائل أصوله وفروعِهِ، وقوله: ((إلا ما استثنِي))، أي: استثناء منقطعاً، وهو تسع صور تصل بالبسط إلى مائة وثمانية كما سنحفظه، "ح"^(٦).

(١) في "د" زيادة: (قوله: دخل بها أو لا، أي: لو عقد الأب على امرأة ولم يدخل بها، تحرم على الابن، ولو عقد الابن على امرأة ولم يدخل، تحرم على الأب، كذا في حواشي جموي من أحكام المحارم)). ١٥٢ ق/أ.

(٢) "در" ص ٩٥ وما بعدها.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠١/٣ بتصرف.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٠/٣.

(٥) في "م": ((تحريم)).

(٦) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٤/ب.

(فروغ) تقع^(١) مغلطة فيقال: طلق امرأته تطليقتين^(٢).....

(تنبيه)

مقتضى قوله: ((والكل رضاعاً)) مع قوله سابقاً: ((ولو من زناً)) حرمة فرع المزنّة وأصلها رضاعاً، وفي "القهستاني"^(٣) عن "شرح الطحاوي" عدم الحرمة، ثم قال: ((لكن في "النظم" وغيره: أنه يجوز كل من الزاني والمزنّة على أصل الآخر وفرعه رضاعاً)) اهـ.

ومقتضى تقييده بالفرع والأصل أنه لا خلاف في عدم الحرمة على غيرهما من الحواشي كالإخ والعَم، وفي "التجنيس": ((زنى بامرأة، فولدت فأرضعت بهذا اللبن صبيّة لا يجوز لهذا الزاني تزوّجها ولا لأصوله وفروعه، ولعم الزاني التزوّج بها كما لو كانت ولدت له من الزنا، والخال مثله؛ لأنه لم يثبت نسبها من الزاني حتى يظهر فيها حكم القرابة، والتّحريم على أبي الزاني وأولاده وأولادهم^(٤) لاعتبار الجزئية، ولا جزئية بينها وبين العم، وإذا ثبت ذلك في المتولدة من الزنا فكذا في المرصعة بلبن الزنا)) اهـ.

قلت: وهذا مخالف لما مر^(٥) من التعميم في قول "الشارح": ((ولو من زناً)) كما تبّهنا^(٦) عليه هناك.

[١١٢٧٥] (قوله: تقع مغلطة) كمفعلة: محل الغلط، أو بتشديد اللام المكسورة وضم الميم،

(قوله: مقتضى قوله: ((والكل رضاعاً)) مع قوله سابقاً: ((ولو من زناً حرمة فرع المزنّة إلخ))) أخذ ما قاله من قوله: ((ولو من زناً)) بعيداً، تأمل.

(قوله: قلت: وهذا مخالف لما مر من التعميم إلخ) لا مخالفة؛ فإن ما تقدّم في تعميم "المصنف" بقوله: ((ولو من زناً)) إنما يفيد الحرمة في بنت الأخ، وبنت الأخت، لا في عم الزاني وخاله، كما هو موضوع "التجنيس"، وإن كانت العلة موجودة في الشّقين، تأمل.

(١) في "د" و "و": (تقع).

(٢) في "د": ((طليقتين)).

(٣) "جامع الرموز": كتاب النكاح ٢٧٣/١.

(٤) ((وأولادهم)) ساقط من "ت".

(٥) "در" ص ٩٨-.

(٦) المقولة [١١٢٥٨] قوله: ((ولو من زناً)).

ولها منه لبنٌ، فاعتدَّتْ فنكحتْ صغيراً، فأرضعته فحرمتْ عليه، فنكحتْ آخرَ
فدخلَ بها فأبانتها فهل تعودُ للأوّلِ بواحدةٍ أم بثلاثٍ؟ الجوابُ: لا تعودُ إليه أبداً
لصيرورتها حليّةً ابنه رضاعاً.

شرى أمةً أبيه لم تحلَّ له إن علِمَ أنه وطئها. تزوجَ بكراً.....

أي: مسألة تُغلطُ مَنْ يُجيبُ عنها بلا تأمُّلٍ فيها.

[١١٢٧٦] (قوله: ولها منه لبنٌ) أي: نزلَ [٣/٢٤ق/ب] منها بسببٍ ولادتها منه.

[١١٢٧٧] (قوله: فحرمتْ عليه) لكونها صارتْ أُمّه رضاعاً.

[١١٢٧٨] (قوله: فدخلَ بها) قيدَ به ليُمكنَ توهّمَ إحلالها للأوّلِ، والصّغيرُ لا يُمكِنُ منه الدُّخولُ.

[١١٢٧٩] (قوله: بواحدةٍ أم بثلاثٍ؟) الأوّلُ بناءٌ على القولِ بأنَّ الزَّوجَ الثَّاني لا يَهْدِمُ ما دونَ

الثَّلاثِ، والثَّاني بناءٌ على القولِ بأنّه يَهْدِمُهُ كما سيأتي^(١) في بابهِ.

[١١٢٨٠] (قوله: لصيرورتها حليّةً ابنه رضاعاً) لأنَّ بُتَ بُنُوّةِ الإرضاع مُقارِنٌ للزَّوجيّةِ،

فيصحُّ وصفُها بكونها زوجةً ابنه وابنها رضاعاً، وكذا إن قلنا: إنَّ بُتَ بُنُوّةِ عارضٍ على
الزَّوجيّةِ ومُعاقبٌ لها؛ لأنّه لا يَلَزِمُ اجتماعُ الوصفين في وقتٍ واحدٍ، ولذا حرّمُ عليه رِيسَتُهُ المولودةَ
بعد طلاقِ أُمّها وزوجةً أبيه من الرِّضاعِ المطلقةً قبل ارتضاعِهِ، فافهم.

[١١٢٨١] (قوله: إن علِمَ أنه وطئها) فإن علِمَ عدمَ الوطءِ أو شكَّ تحلَّ. اهـ "ح"^(٢).

والمرادُ بالعلْمِ ما يشملُ غلبةَ الظنِّ؛ إذ حصولُ العلْمِ البقيّ في ذلك نادرٌ، ومنه إخبارُ الأبِ
بأنّه وطئها وهي في ملكِهِ، ففي "البحر"^(٣) عن "المحيط": ((رَحُلٌ له جاريةٌ، فقال: قد وطئتها
لا تحلَّ لابنِهِ، وإن كانت في غيرِ ملكِهِ فقال: قد وطئتها يحلُّ^(٤)) لابنِهِ أن يُكذِّبَهُ ويَطأَهَا؛
لأنَّ الظَّاهِرَ يَشْهَدُ له)) اهـ، أي: يَشْهَدُ للابنِ.

(١) المقولة [١٣٧٧٧] قوله: ((وهي مسألة الهدم الآتية)).

(٢) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٤/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠١/٣.

(٤) في "٣": ((لا يحل))، وهو خطأ.

فوجدَهَا ثِيْبًا، وقالت: أبوك فَضَّنِي إِنْ صَدَّقَهَا بَأْتُ بِلا مهرٍ، وإلَّا لا، "شمني".

(و) حَرَمٌ أَيْضاً بِالصَّهْرِيَّةِ (أَصْلُ مَزْنِيَّتِهِ) أَرَادَ بِالزَّنا الوطءَ الحَرَامَ.....

والظاهر: أنَّ المراد الإخبارُ بأنَّ الوطءَ كان في غيرِ مِلْكِهِ، أمَّا لو كَانَتْ في مِلْكِهِ ثُمَّ باعَهَا، ثُمَّ أَحْبَرَ بِأَنَّهُ وَطِئَهَا حينَ كَانَتْ في مِلْكِهِ لا تَحِلُّ لَينِّه، تأمَّل.

(١١٢٨٢) (قوله: فوجدَهَا ثِيْبًا) أي: حينَ أَرَادَ جِماعَهَا كما في "البحر" ^(١) و"المنح" ^(٢)

- وذلك بإخبارِها - أو بِأمرٍ غيرِ الجِماع، أمَّا لو جَامَعَهَا فوجدَهَا ثِيْبًا وَجَبَ عَلَيْهِ مهرٌ مِثلُها لوطءِ الشُّبْهَةِ، والوطءُ في دارِ الإِسْلام لا يَخْلُو عن عَقْرِ أو عَقْرِ، "رحمتي".

(١١٢٨٣) (قوله: وَحَرَمٌ أَيْضاً بِالصَّهْرِيَّةِ أَصْلُ مَزْنِيَّتِهِ) قال في "البحر" ^(٣): ((أَرَادَ بِمَحْرَمَةِ

المصاهرةِ الحُرْمَاتِ الأَرْبعَ: حُرْمَةُ المَرْأَةِ عَلَى أَصُولِ الزَّانِي وفروعِهِ نَسَبًا ورضاعًا، وحُرْمَةُ أَصُولِها وفروعِها عَلَى الزَّانِي نَسَبًا ورضاعًا كما في الوطءِ الحلالِ، وَيَحِلُّ لأَصُولِ الزَّانِي وفروعِهِ أَصُولُ المَزْنِي بِها وفروعُها)) اهـ. ومثله ما قَدَّمناه ^(٤) قَرِيباً عن "القَهْستاني" عن "النَّظْم" وغيرِهِ.

٢٧٩/٢

وقوله: ((وَيَحِلُّ إِنْ)) أي: كما يَحِلُّ ذَلِكَ بالوطءِ الحلالِ، وتَقْيِيدُهُ بِالْحُرْمَاتِ الأَرْبعِ مُخْرِجٌ لِمَا عداها، وتَقَدَّمَ ^(٥) أَنفَاءُ الكَلَامِ عَلَيْهِ.

(١١٢٨٤) (قوله: أَرَادَ بِالزَّنا الوطءَ الحَرَامَ) لِأَنَّ الزَّنا وطءٌ مُكَلَّفٌ في فَرَجٍ مُشْتَهَاةٍ - ولو

مَاضِيًا - خَالَ عن المِلْكِ وشُبْهَتِهِ، وكذا تَثَبُّتُ حُرْمَةُ ^(٦) المصاهرةِ لو وَطِئَ المُنْكَوحَةَ فَاسِدًا،

(قوله: وكذا تَثَبُّتُ حُرْمَةُ المصاهرةِ لو وَطِئَ المُنْكَوحَةَ فَاسِدًا إِنْ) التَّعْيِيرُ بِهِ ويقولُه: ((وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِهِ))

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الحُرْمَاتِ ١٠١/٣ بتصرف.

(٢) "المنح": كتاب النكاح - فصل في الحُرْمَاتِ ١/١١٥ أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الحُرْمَاتِ ١٠٨/٣.

(٤) المَقُولَةُ [١١٢٧٤] قوله: ((نَسَبًا)).

(٥) في المَقُولَةِ نَفْسُها.

(٦) ((حُرْمَةٌ)) ساقطة من "الأصل".

(و) أصلُ (ممسوسيته^(١) بشهوة) ولو لشعرٍ على الرأسِ.....

أو المشتراة فاسداً، أو الجارية المشتركة، [٢/٢٥٥ق/٣] أو المكاتب، أو المظاهرة منها، أو الأمة الجوسية، أو زوجته الحائض أو النفساء، أو كان محرماً أو صائماً، وإنما قيّد الزنا لأن فيه خلافاً "الشافعي"، وليفيد أنها لا تثبت بالوطء بالدبر كما يأتي خلافاً لـ "الأوزاعي" و"أحمد"، قال في "الفتح"^(٢): ((ويقولنا قال "مالك" في رواية و"أحمد"، وهو قول "عمر"، و"ابن مسعود"، و"ابن عباس" في الأصح، و"عمران بن الحصين"، و"جابر"، و"أبي"، و"عائشة"، وجمهور التابعين كـ "البصري"، و"الشعبي"، و"النخعي"، و"الأوزاعي"، و"طاووس"، و"بجهد"، و"عطاء"، و"ابن المسيب"، و"سليمان بن يسار"، و"حماد"، و"الثوري"، و"ابن راهوية")، وتأممه مع بسط الدليل فيه. [١١٢٨٥] (قوله: وأصل ممسوسيته إلخ) لأن المسَّ والنظر سبب داخٍ إلى الوطء، فيقام مقامه في موضع الاحتياط، "هداية"^(٣). واستدل لذلك في "الفتح"^(٤) بالأحاديث والآثار عن الصحابة والتابعين.

[١١٢٨٦] (قوله: بشهوة) أي: ولو من أحدهما كما سيأتي^(٥).

[١١٢٨٧] (قوله: ولو لشعرٍ على الرأس) خرج به المسترسل، وظاهر ما في "الحائية"^(٦)

لا يُناسب إلا إبقاء الزنا على حقيقته، وهذا غير ما جرى عليه "الشارح" من حمله على الوطء الحرام، وحينئذٍ فلك في حلّ كلام "المصنف" طريقتان: ما جرى عليه، وإبقاء الزنا على معناه إشارة لموضع الخلاف لا احترازاً عن الوطء الحرام؛ لأنه معلوم بالأولى.

(١) في "و": ((ممسوسة)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٦/٣.

(٣) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٩٣/١.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣١/٣.

(٥) القولة [١١٣٢٧] قوله: ((وتكفي الشهوة من أحدهما)).

(٦) "الحائية": كتاب النكاح - باب المحرمات ٣٦٢/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

بجائِلٍ لَا يَمْنَعُ الْحَرَارَةَ (و) أَصْلُ (مَاسِيَّتِهِ وَنَاطِرُهُ إِلَى ذَكَرِهِ وَالتَّنْظُورِ إِلَى فَرْجِهَا).....

ترجيحُ: ((أَنَّ مَسَّ الشَّعْرِ غَيْرُ مُحَرَّمٍ))، وَجَزَمَ فِي "المحيط" بخلافه، وَرَجَّحَهُ فِي "البحر"^(١)، وَفَصَّلَ فِي "الخلاصة"^(٢)، فَخَصَّ التَّحْرِيمَ بِمَا عَلَى الرَّأْسِ دُونَ الْمَسْتَرْسِلِ، وَجَزَمَ بِهِ فِي "الجوهرة"^(٣)، وَجَعَلَهُ فِي "النهر"^(٤) مَحْمَلًا الْقَوْلَيْنِ، وَهُوَ ظَاهِرٌ، فَلَذَا جَزَمَ بِهِ "الشارح".

[١١٢٨٨] (قَوْلُهُ: بِجَائِلٍ لَا يَمْنَعُ الْحَرَارَةَ) أَي: وَلَوْ بِجَائِلٍ إلخ، فَلَوْ كَانَ مَانِعًا لَا تَثْبُتُ الْحَرَمَةُ، كَذَا فِي أَكْثَرِ الْكُتُبِ، وَكَذَا لَوْ جَامَعَهَا بِخَرْقَةٍ عَلَى ذَكَرِهِ، فَمَا فِي "الذَّخِيرَةِ": ((مَنْ أَنَّ الْإِمَامَ "ظَهِيرَ الدِّينِ" يُفْتِي بِالْحَرَمَةِ فِي الْقُبْلَةِ عَلَى النِّسَمِ وَالذَّقْنِ وَالْخَدِّ وَالرَّأْسِ وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمَقْتَنَةِ)) مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَتْ رَقِيقَةً تَصِلُ الْحَرَارَةَ مَعَهَا، "بِحَرْ" ^(٥).

[١١٢٨٩] (قَوْلُهُ: وَأَصْلُ مَاسِيَّتِهِ) أَي: بِشَهْوَةٍ، قَالَ فِي "الْفَتْحِ"^(٦): ((وَبُيُوتُ الْحَرَمَةِ بَلَسِيهَا مَشْرُوطٌ بِأَنْ يُصَدِّقَهَا وَيَقَعَ فِي أَكْبَرِ رَأْيِهِ صِدْقُهَا، وَعَلَى هَذَا يَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ فِي مَسِّ يَافِئِهَا: لَا تَحْرُمُ عَلَى أَبِيهِ وَابْنِهِ إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَاهُ أَوْ يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّهِمَا صِدْقُهُ، ثُمَّ رَأَيْتُ عَنْ "أَبِي يُوسُفَ" مَا يُفِيدُ ذَلِكَ)) اهـ.

[١١٢٩٠] (قَوْلُهُ: وَنَاطِرُهُ) أَي: بِشَهْوَةٍ.

[١١٢٩١] (قَوْلُهُ: وَالتَّنْظُورِ إِلَى فَرْجِهَا) قَيَّدَ بِالْفَرْجِ لِأَنَّ ظَاهِرَ "الذَّخِيرَةِ" وَغَيْرِهَا أَنَّهُمْ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ النَّظَرَ بِشَهْوَةٍ إِلَى سَائِرِ أَعْضَائِهَا لَا عِوَاذَ بِهِ مَا عَدَا الْفَرْجَ، وَحِينَئِذٍ فَيُطْلَقُ "الْكَنْز"^(٧) فِي مَحَلِّ التَّقْيِيدِ، "بِحَرْ"^(٨).

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٧/٣.

(٢) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - فصل فيما ثبت به حرمة المصاهرة ق ٧٦/١.

(٣) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٦٩/٢.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ق ١٦٦/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٧/٣.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٠/٣.

(٧) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٤٢/١.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٨/٣.

المُدَوَّرِ (الدَّاخلِ ولو) نَظَرَهُ (من زجاجٍ أو ماءٍ هي فيه وفروعُهنَّ) مطلقاً.....

[١١٢٩٢] (قوله: المُدَوَّرِ الدَّاخلِ) اختارَهُ في "الهداية"^(١)، وصَحَّحَهُ في "المحيط" و"الذَّخيرة"، وفي "الخاتئة"^(٢): ((وعليه الفتوى))، وفي "الفتح"^(٣) ((وهو ظاهرُ الرِّواية؛ لأنَّ هذا حُكْمٌ تَعَلَّقَ بِالْفَرْجِ، والدَّاخلُ فَرْجٌ [ب/٢٥٣/٣] مِنْ كُلِّ وَجْهِ، والخارجُ فَرْجٌ مِنْ وَجْهِ، والاحترازُ عن الخارجِ مُتَعَذِّرٌ فَسَقَطَ اعتباره))، ولا يَتَحَقَّقُ ذلك إِلَّا إذا كانت مُتَكَّةً، "بِجَر"^(٤). فلو كانت قائمةً أو جالسةً غيرَ مُسْتَنِدَةٍ لَا تُثَبِّتُ الحُرْمَةُ، "إِسْمَاعِيل". وقيل: ثَبَّتُ بالنَّظَرِ إلى مَنَابِتِ الشَّعَرِ، وقيل: إلى الشَّقِّ، وصَحَّحَهُ في "الخلاصة"^(٥)، "بِجَر"^(٦).

[١١٢٩٣] (قوله: أو ماءٍ هي فيه) احترازاً عما إذا كانت فوق الماء فراه من الماء كما يأتي^(٧).
[١١٢٩٤] (قوله: وفروعُهنَّ) بالرفع عطفاً على ((أَصْلُ مَزْنِيَّتِهِ))، وفيه تغليبُ المؤنثِ على المذكِرِ بالنسبةِ إلى قوله: ((وناظرةً إلى ذَكَرِهِ)).
[١١٢٩٥] (قوله: مطلقاً) يَرْجِعُ إلى الأصولِ والفروعِ، أي: وَإِنْ عَلَوْنَ وَإِنْ سَفَلْنَ، "ط"^(٨).

(قوله: إِلَّا إذا كانت مُتَكَّةً "بِجَر") عبارته: ((مُتَكَّةً^(٩))) بالباء.
(قوله: وفيه تغليبُ المؤنثِ على المذكِرِ بالنسبةِ إلى قوله: ((وناظرةً إلى ذكره))) فيه أنَّ المرادُ أَنَّهُ كما حَرَّمَ أَصْلُ المذكوراتِ حَرَّمَ فروعُهنَّ، وليس فيما ذَكَرَ تغليبُ مؤنثٍ على مُذكرٍ، وليس فيما تَقَدَّمَ مؤنثٌ ومُذكرٌ حَرَّمَ أَصْلَهُ حَتَّى يَدْعَى أَنَّ الضَّمِيرَ فيه تغليبٌ.

- (١) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في بيان المحرمات ١/١٩٣.
- (٢) "الخاتئة": كتاب النكاح - باب في المحرمات ١/٣٦٢ (هامش "الفتاوى الهندية").
- (٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣/١٣١.
- (٤) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣/١٠٨.
- (٥) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثالث فيما ثبتت به حرمة المصاهرة ق ٧٥/ب.
- (٦) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣/١٠٧.
- (٧) المقولة [١١٣٠٦] قوله: ((لأن المرئي مثاله إلخ)).
- (٨) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٢/١٥.
- (٩) في مخطوطة "البحر" التي بين أيدينا ((متكة))، فليتبناه.

والعبرة للشهوة عند المسِّ والنظر لا بعدهما، وحَدُّها فيهما تحرُّكُ آلتِه أو زيادتهُ،
به يُفتَى،.....

[١١٢٩٦] (قوله: والعبرة إلخ) قال في "الفتح"^(١): ((وقوله: بشهوة في موضع الحال،
فيفيد اشتراط الشهوة حال المسِّ، فلو مسَّ بغير شهوة ثم اشتهى بعد^(٢) ذلك المسِّ لا تحرم
عليه)) اهـ.

وكذلك في النظر كما في "البحر"^(٣)، فلو اشتهى بعدما غَضَّ بصره لا تحرم.
قلت: ويشترط وقوع الشهوة عليها لا على غيرها؛ لما في "الفيض": ((لو نظر إلى
فرج بنته بلا شهوة فتمنى جارية مثلاً فوقعت له الشهوة على البنت ثبتت الحرمة، وإن
وقعت على من تمنّاها فلا)).

[١١٢٩٧] (قوله: وحَدُّها فيهما) أي: حَدُّ الشهوة في المسِّ والنظر، "ح"^(٤).

[١١٢٩٨] (قوله: أو زيادته) أي: زيادة التحرك إن كان موجوداً قبلهما.

[١١٢٩٩] (قوله: به يُفتَى) وقيل: حَدُّها أن يشتهي بقلبه إن لم يكن مُشْتَهياً، أو يزداد
إن كان مُشْتَهياً، ولا يُشترط تحرك الآلة، وصحَّحهُ في "المحيط" و"التحفة"^(٥)، وفي "غاية
البيان": ((وعليه الاعتماد))، والمذهب الأول، "بحر"^(٦). قال في "الفتح"^(٧): ((وقرَّع عليه ما
لو انتشر وطلب أمراته، فأولج بين فخذي بنتها خطأ لا تحرم أمها ما لم يزد الانتشار)).

(١) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٩/٣.

(٢) في "ب" و"م": ((عن)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٨/٣.

(٤) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٤/ب باختصار.

(٥) "تحفة الفقهاء": كتاب النكاح ١٢٤/٢.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٨/٣.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٩/٣.

وفي امرأة ونحو شيخ كبير تحرك قلبه أو زيادته، وفي "الجوهرة"^(١): ((لا يُشترط في النظر للفرج تحريك آلتيه))، به يُفتى، هذا إذا لم يُنزَل، فلو أنزل مع مس أو نظر....

[١١٣٠٠] (قوله: وفي امرأة ونحو شيخ إلخ) قال في "الفتح"^(٢): ((ثمَّ هذا الحدُّ في حقَّ الشابِّ، أمَّا الشيخُ والعَيْنُ فحدُّهما تحركُ قلبه أو زيادته إنَّ كان مُتحرِّكاً لا بمجردَ ميلانِ النَّفسِ، فإنَّه يوجدُ فيمن لا شهوةَ له أصلاً كالشيخِ الفاني))، ثمَّ قال: ((وَلَمْ يَحْدُوا الحدَّ الحَرَّمَ منها، أي: مِنَ المرأةِ، وأقلُّه تحركُ القلبِ على وَجْهِ يُشَوِّشُ الخاطرَ))، قال "ط"^(٣): ((وَلَمْ أَرَحُكُمُ الخَشْيَ المُشْكِلَ فِي الشَّهْوَةِ، ومقتضى معاملته بالأضرَّ أن يجرى عليه حُكْمُ المرأةِ)).

[١١٣٠١] (قوله: وفي "الجوهرة" إلخ) كذا في "النهر"^(٤)، وعلى هذا ينبغي أن يكونَ مسُّ الفَرْجِ كذلك [٣/٢٦٤] بل أولى؛ لأنَّ تأثيرَ المسِّ فوقَ تأثيرِ النَّظَرِ بدليلِ إيجابِهِ حُرْمَةَ المصاهرةِ في غيرِ الفَرْجِ إذا كان بشهوةٍ بخلافِ النَّظَرِ، "ح"^(٥).

قلت: ويمكنُ أن يكونَ ما في "الجوهرة" مُفَرَّعاً على القولِ الآخرِ في حدِّ الشَّهوةِ، فلا يكونَ النَّظَرُ احترازاً عن مسِّ الفَرْجِ ولا عن مسِّ غيره، تأمل.

(قوله: ومقتضى معاملته بالأضرَّ أن يجرى عليه إلخ) مقتضى معاملته بالأضرَّ أن لا يُعطى حُكْمُ المرأةِ في جميع الأحوال بل فيما إذا تحقَّق الضرُّ عليه بإعطائه حُكْمَهَا، كما إذا وُجِدَ تحركُ قلبه بدونِ انتشارٍ، بخلاف ما لو كان مُتحرِّكاً القلبَ فنظر فانتشر مع بقاء التحركِ الأصليِّ.

(قول "الشارح" هذا إذا لم يُنزل إلخ) أطلق في الإنزال فشمِّل ما لو أنزل مُتحرِّكاً المسَّ أو بعده ولو بجماع في زوجته الأخرى اهـ. "سندي" عن "غاية البيان".

(١) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٧٠/٢ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٩/٣ - ١٣٠.

(٣) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٦/٢.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ١٦٦/ب.

(٥) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٥٤/ب.

فلا حرمة، به يُفتَى، "ابن كمال" وغيره^(١). وفي "الخلاصة"^(٢): ((وَطِئَ أُخْتَ امْرَأَتِهِ لَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ امْرَأَتَهُ)).

(لا) تحرم^(٣) (المنظور إلى فرجها الداخلي).....

[١١٣٠٢] (قوله: فلا حرمة) لأنه بالإنزال يَبَيَّنُ أنه غير مُفْضٍ إلى الوطء، "هداية"^(٤). قال في "العناية"^(٥): ((ومعنى قولهم: إنه لا يُوجِبُ الحرمة بالإنزال أنَّ الحرمة عند ابتداء المسَّ بشهوة كان حَكْمُهَا موقوفاً إلى أن يَتَبَيَّنَ بالإنزال، فإن أنزل لم تَثْبُتْ، وإلا تَبَيَّنَتْ، لا أنها تَثْبُتْ بالمسِّ ثم بالإنزال تسقط؛ لأنَّ حرمة المصاهرة إذا تَبَيَّنَتْ لا تسقط أبداً)).

[١١٣٠٣] (قوله: وفي "الخلاصة" إلخ) هذا محترزُ التقييدِ بالأصولِ والفروع، وقوله: ((لا تحرم)) أي: لا تَثْبُتُ حرمة المصاهرة، فالمعنى: لا تحرم حرمة مؤبدة، وإلا فتحرم إلى انقضاء عِدَّةِ الموطوءة لو بشبهة، قال في "البحر"^(٦): ((لو وَطِئَ أُخْتَ امْرَأَتِهِ بِشبهة تحرم امرأته ما لم تَنْقُضِ عِدَّةَ ذاتِ الشبهة، وفي "الدراية" عن "الكامل": لو زَنَى بِإحدى الأختين لَا يَقْرُبُ الأخرى حَتَّى تَحِيضَ الأخرى حيضةً، واستشكله في "الفتح"^(٧)، ووجهه أنه لا اعتبار لما زَنَى، ولذا لو زَنَتْ امرأة رجل^(٨) لم تحرم عليه، وجاز له وطؤها عَقِبَ الزَّنا)) اهـ.

[١١٣٠٤] (قوله: لا تحرم المنظور إلى فرجها إلخ) تبع في هذا التعبير صاحب "الدُرر"^(٩)،

(١) ((ابن كمال وغيره)) ساقط من "د".

(٢) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني فيمن تكون محلاً للنكاح وفيمن لا تكون ق ٧٥/ب.

(٣) في "د" و "و": ((بحرم)).

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٩٣/١.

(٥) "العناية": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣١/٣ باختصار (هامش "فتح القدير").

(٦) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٣/٣.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٣/٣.

(٨) في "الأصل": ((برجل)).

(٩) "الدُرر": كتاب النكاح ٣٣٠/١.

إذا رآه (من مرآة أو ماء) لأنَّ المرئيَّ مثاله (بالانعكاس) لا هو.....

واعترضه "الشَّرنبلالي" (١): ((بأنَّه لا يصحُّ إلاَّ بتقديرٍ مضافٍ))، أي: لا يَحْرُمُ أصلُ وفرعُ المنظورِ إلى فرجِها (٢)؛ لما أنَّه لا يَحْرُمُ نفسُ المنظورِ إلى فرجِها، وأجيبُ بأنَّ المراد: لا تَحْرُمُ على أصولِ الناظر وفروعِهِ، وفيه أنَّ الكلامَ في الحرمةِ وعدمِها بالنسبةِ إلى أصولِها وفروعِها، فالأوَّلُ إسقاطُ لفظِ ((تَحْرُمُ))، وإبقاءُ المتنِ على حالِهِ، فيكونُ قولُهُ: ((لا المنظورِ)) معطوفاً على قولِهِ: ((والمنظورِ))، والمعنى: لا يَحْرُمُ أصلُها وفرعُها، ويُعلمُ منه عدمُ حرمتِها عليه وعلى أصولِها وفروعِها بالأوَّلِ، فافهم.

[١١٣٠٥] (قولُهُ: إذا رآه) لا حاجةَ إليه لصحَّةِ تعلُّقِ الجارِّ بقوله: ((المنظورِ))، "ط" (٣).

[١١٣٠٦] (قولُهُ: لأنَّ المرئيَّ مثاله إلخ) يشيرُ إلى ما في "الفتح" (٤) من الفرقِ بينِ الرُّؤيةِ من الرُّجَّاجِ والمرآةِ وبينِ الرُّؤيةِ في الماءِ ومن الماءِ، حيثُ قال: ((كأنَّ العلَّةَ - والله سبحانه أعلم - أنَّ المرئيَّ في المرآةِ مثاله لا هو، وبهذا علَّلوا الحِنْتَ فيما إذا حَلَفَ [ب/٢٦٦ق/٣] لا يَنْظُرُ إلى وَجْهِ فلانٍ فنظَرَهُ في المرآةِ أو الماءِ، وعلى هذا فالْتَحْرِيمُ به من وراءِ الرُّجَّاجِ بناءً على نُفُوذِ البصرِ منه فيَرَى نفسَ المرئيِّ بخلافِ المرآةِ ومن الماءِ، وهذا يَنْفِي كَوْنَ الإبصارِ من المرآةِ والماءِ بواسطةِ انعكاسِ الأشعَّةِ، وإلاَّ لَرَأاهُ بعينه، بل بانطباعِ مثلِ الصُّورةِ فيهما بخلافِ المرئيِّ في الماءِ؛ لأنَّ البصرَ يَنْفُذُ فيه إذا كان صافياً، فيَرَى نفسَ ما فيه وإنَّ كان لا يراه على الوجْهِ الذي هو عليه، ولهذا كان له الخيارُ إذا اشْتَرَى سمكةً رآها في ماءٍ بحيثُ تُوَحَّدُ منه بلا حيلةٍ)) اهـ.

(قولُهُ: ويُعلمُ منه عدمُ حرمتِها عليه وعلى أصولِها وفروعِها بالأوَّلِ) وجْهُ الأولويَّةِ أنَّه إذا لم يَحْرُمُ عليه أصولُها وفروعُها مع وجودِ النَّظَرِ منه على الوجهِ المذكورِ فبالأوَّلِ أنَّ لا يَحْرُمُ عليها أصولُها وفروعُها مع عدمِ وجودِ فعلٍ منها.

(قولُهُ: ولهذا علَّلوا الحِنْتَ إلخ) أي: وجوداً أو عَدَمًا في الماءِ أو المرآةِ.

(١) "الشَّرنبلالي": كتاب النكاح ٣٣٠/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٢) من ((تبع)) إلى ((فرجها)) ساقط من "٣".

(٣) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٦/٢.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣١/٣.

(هذا إذا كانت حيّةً مشتهاةً) ولو ماضياً (أمّا غيرها) يعني: الميتة وصغيرةً لم تَبْشَتْه (فلا) تثبتُ الحرمةُ بها أصلاً كوطءٍ ذُبِرَ مطلقاً^(١)، وكما لو أفضاها.....

وبه يظهرُ فائدة قول "الشارح": ((مثالُهُ))، لكنّه لا يناسبُ قول "المصنّف" - تبعاً لـ "الدُّرَر" -: ((بالانعكاسِ))، ولهذا قال في "الفتح"^(٢): ((وهذا يُنفِي إلخ))، وقد يجابُ بأنّه ليس مرادُ "المصنّف" بالانعكاسِ البناء على القول بأنّ الشعاع الخارج من الحَذَقَةِ الواقع على سطح الصَّيْلِ كالمرآة والماء ينعكسُ من سطح الصَّيْلِ إلى المرئي حتّى يلزَمَ أنّه يكونُ المرئي حينئذٍ حقيقةً لا مثالةً، وإنّما أرادَ به انعكاسَ نفس المرئي، وهو المرادُ بالمثال، فيكون مبنياً على القول الآخر، ويُعبّرون عنه بالانطباع، وهو أنّ المقابل للصَّيْلِ تنطبُع صورته ومثاله فيه لا عُيْنُهُ، ويدلُّ عليه تعبيرُ "قاضي خان"^(٣) بقوله: ((لأنّه لم يَرِ فرجها، وإنّما رأى عكسَ فرجها))، فافهم.

[١١٣٠٧] (قوله: هذا) أي: جميع ما ذُكِرَ في مسائل المصاهرة.

[١١٣٠٨] (قوله: مُشْتَهَاةٌ) سيأتي^(٤) تعريفها بأنّها بنتُ تسع فأكثر.

[١١٣٠٩] (قوله: ولو ماضياً) كعجوزٍ شوهاةٍ؛ لأنّها دَخَلَتْ تحت الحرمة، فلا تخرُجُ، ولجواز وقوع الولدِ منها كما وَقَعَ لزوْجَتَي إبراهيمَ وزكرياءَ عليهما الصَّلَاةُ والسَّلَام.

[١١٣١٠] (قوله: فلا تثبتُ الحرمةُ بها) أي: يوطئها أو لمْسِها أو النَّظَرُ إلى فرجها،

وقوله: ((أصلاً)) أي: سواءً كان بشهوةٍ أو لا، وسواءً أنزلَ أو لا.

[١١٣١١] (قوله: مطلقاً) أي: سواءً كان بصبيٍّ أو امرأةٍ كما في "غاية البيان"، وعليه

(١) في "ذ" زيادة: ((قوله: كوطئ دبر مطلقاً، قال الحموي: ذكر ثَمَسُ الأئمةِ أنّه يُفتى بالحرمة أخذاً بقول المشايخ، انتهى، وهو لطيف حسن؛ إذ لا يكون الوطء في الدُّبُر أدنى حالاً من المَسِّ، وتثبت به الحرمة، فَلَا بُشْتَ منه أوّل؛ إذ هو مَسٌّ وزيادة، انتهى)). ق ١٥٢/ب.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣١/٣.

(٣) "الخاتية": كتاب النكاح - باب في المحرمات ٣٦٢/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) (المقولة [١١٣١٦] قوله: ((فلو جامع غير مراهق إلخ)).

لعدم تيقن كونه في الفرج ما لم تحبل منه بلا فرق بين زنا ونكاح.
(فلو تزوج^(١) صغيرة لا تشتهى، فدخل بها، فطلقها وانقضت عدتها وتزوجت بأخر

الفتوى كما في "الواقعات"، "ح"^(٢) عن "البحر"^(٣). وفي "اللولوالية"^(٤): ((أتى رجل رجلاً له أن يتزوج ابنته؛ لأن هذا الفعل لو كان في الإناث لا يوجب حرمة المصاهرة، ففي الذكر أولى)).
[١١٣١٢] (قوله: لعدم تيقن كونه في الفرج) علة لعدم إيجاب وطء المفضاة المصاهرة فقط، وأما العلة في عدم إيجاب وطء الذئب المصاهرة فالتيقن بعدم كون الوطء في الفرج الذي هو محل الحرث، وإنما تركها لأنها لا يفهماها [١/٢٧ق/٣] بالأولى، قال في "البحر"^(٥): ((وأورد عليها - أي: على المسألتين - أن الوطء فيهما وإن لم يكن سبباً للحرمة فالمسبب شهوة سبب لها، بل الموجود فيهما أقوى، وأجيب بأن العلة هي الوطء السبب للولد، وثبتت الحرمة بالمسبب ليس إلا لكونه سبباً لهذا الوطء، ولم يتحقق في الصورتين)) اهـ.

وبه عليم أنه لا فرق في المسألتين بين الإنزال وعدمه، "ح"^(٦).

[١١٣١٣] (قوله: ما لم تحبل^(٧) منه) زاد في "الفتح"^(٨): ((وعلم كونه منه))، أي: بإمكانها عنده حتى تلد كما قدمناه^(٩)، وهذا في الزنا لا في النكاح كما لا يخفى^(١٠).
[١١٣١٤] (قوله: بلا فرق بين زنا ونكاح) راجع لاشتراط كونها مشتبهة^(١١) لثبوت

(١) في "ط": ((زوّج)).

(٢) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٤/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٦/٣.

(٤) "اللولوالية": لم نثر عليها في مظانها بعد طول بحث.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٦/٣.

(٦) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٥/أ.

(٧) في "الأصل": ((تحمل)).

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٦/٣.

(٩) المقلولة [١١٢٥٨] قوله: ((ولو من زنا)).

(١٠) في "د" زيادة: (قوله: قال في "الفتح": وعن أبي يوسف أكره له الأم والبنت، وقال محمد: التنزه أحب إليّ، ولكن لا أفرق بينه وبين أمها). ق ١٥٢/ب.

(١١) (مشتبهة) ساقطة من "الأصل".

حَازَ لِلأَوَّلِ (التَزْوُجُ بِنَتَيْهَا) لِعَدَمِ الْإِشْتِهَاءِ، وَكَذَا تُشْتَرَطُ الشَّهْوَةُ فِي الذَّكْرِ، فَلَوْ جَامَعَ غَيْرُ مَرَاهِقٍ زَوْجَةً أَبَاهُ لَمْ تَحْرُمَ، "فَتْح".....

الحرمة كما في "البحر" ^(١) مُفْرَعًا عَلَيْهِ قَوْلُهُ: ((فَلَوْ تَزَوَّجَ صَغِيرَةً (إِلَ)).

[١١٣١٥] (قَوْلُهُ: حَازَ لَهُ التَزْوُجُ ^(٢) بِنَتَيْهَا) أَمَّا أُمُّهَا فَحُرِّمَتْ عَلَيْهِ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ، "ط" ^(٣).

٢٨١/

[١١٣١٦] (قَوْلُهُ: فَلَوْ جَامَعَ غَيْرُ مَرَاهِقٍ (إِلَ) الَّذِي فِي "الْفَتْح" ^(٤)): ((حَتَّى لَوْ جَامَعَ ابْنُ

أَرْبَعِ سِنِينَ زَوْجَةً أَبَاهُ لَا تَثْبُتُ الْحَرَمَةُ))، قَالَ فِي "الْبَحْر" ^(٥): ((وظَاهِرُهُ اعْتِبَارُ السِّنِّ الْآتِي فِي

حَدِّ الْمَشْتِهَاءِ، أَعْنِي: تَسَعِ سِنِينَ))، قَالَ فِي "النَّهْر" ^(٦): ((وَأَقُولُ: التَّعْلِيلُ بِعَدَمِ الْإِشْتِهَاءِ يُفِيدُ

أَنَّ مَنْ لَا يَشْتَهِي لَا تَثْبُتُ الْحَرَمَةُ بِجَمَاعِهِ، وَلَا خِفَاءَ أَنَّ ابْنَ تَسَعٍ عَارٍ مِنْ هَذَا، بَلْ لَا بَدَأُ أَنْ

يَكُونَ مَرَاهِقًا، ثُمَّ رَأَيْتُهُ فِي "الْخَانِيَّة" ^(٧) قَالَ: الصَّبِيُّ الَّذِي يُجَامِعُ مِثْلَهُ كَالْبَالِغِ، قَالُوا: وَهُوَ أَنْ

يُجَامِعَ وَيَشْتَهِي وَتَسْتَحْيِي النِّسَاءَ مِنْ مِثْلِهِ، وَهُوَ ظَاهِرٌ فِي اعْتِبَارِ كَوْنِهِ مَرَاهِقًا لَا ابْنَ تَسَعٍ،

وَيَدُلُّ عَلَيْهِ مَا فِي "الْفَتْح" ^(٨): مَسُّ الْمَرَاهِقِ كَالْبَالِغِ، وَفِي "الْبَزَازِيَّة" ^(٩): الْمَرَاهِقُ كَالْبَالِغِ، حَتَّى

لَوْ جَامَعَ امْرَأَتَهُ أَوْ لَمَسَ بِشَهْوَةٍ تَثْبُتُ حَرَمَةُ الْمَصَاهِرَةِ)) اهـ.

وَبِهِ ظَهَرَ أَنَّ مَا عَزَاهُ "الشَّارَحُ" إِلَى "الْفَتْح" ^(١٠) وَإِنْ لَمْ يَكُنْ صَرِيحَ كَلَامِهِ لَكُنَّ مَرَادُهُ،

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٧/٣.

(٢) في هامش "ب": ((لَعَلَّ فِي بَعْضِ نَسَخِ الْمَتْنِ: (حَازَ لَهُ التَزْوُجُ) كَمَا يَدُلُّ لَهُ كِتَابَةُ الْمُحَشِّي، وَيَكُونُ قَوْلُ الشَّارِحِ:

(لِلأَوَّلِ) تَفْسِيرًا لِقَوْلِ الْمَتْنِ: (لَهُ)، فَلْيَحْرَرْ، قَالَهُ نَصْرُ)).

(٣) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٦/٢.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٠/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٦/٣ بتصرف.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٦/أ.

(٧) "الخانيئة": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣٦٢/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٠/٣.

(٩) "البزازية": كتاب النكاح - الثاني والثالث في محل النكاح وما يثبت به حرمة المصاهرة ١١٢/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(١٠) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٩/٣.

(ولا فَرْقَ) فيما ذُكِرَ (بين اللَّمسِ والنَّظَرِ بشهوةٍ بينَ عَمْدٍ ونسيانٍ) وخطيئاً وإكراهٍ، فلو أيقظَ زوجته أو أيقظته هي لجماعها، فمست يدُه بنتها المشتهاة أو يدها ابنه حرمت الأم أبداً، "فتح".....

فحصلَ من هذا أنه لا بدَّ في كلِّ منهما من سِنِّ المراهقة، وأقلُّهُ للأنثى تسعُ سنين^(١)، وللذكر اثنا عشر؛ لأنَّ ذلك أقلُّ مدَّةٍ يمكنُ فيها البلوغُ كما صرَّحوا به في باب بلوغ الغلام، وهذا يوافقُ ما مرَّ من أنَّ العلةَ هي الوطءُ الذي يكونُ سبباً للوليد، أو المسُّ الذي يكونُ سبباً^(٢) لهذا الوطء، ولا يخفى أنَّ غيرَ المراهقِ منهما لا يتأتَّى منه الولدُ.

[١١٣١٧] (قوله: ولا فَرْقَ فيما ذُكِرَ) أي: من التَّحريم، وقوله: ((بين اللَّمسِ والنَّظَرِ)) صوابُه: في اللَّمسِ والنَّظَرِ، وعبارةُ "الفتح"^(٣): ((ولا فَرْقَ في ثبوتِ الحرمةِ بالمسِّ بين كونه عامداً أو ناسياً أو مكرهاً أو مُحطِّفاً إلخ))، أفادتهُ "ح"^(٤)؛ قال "الرحماني": ((وإذا علِمَ ذلك في المسِّ والنَّظَرِ علِمَ في الجماعِ بالأولى)).

[١١٣١٨] (قوله: فلو أيقظَ إلخ) تفريعٌ على الخطأ^(٥)، "ط"^(٦).

[١١٣١٩] (قوله: أو يدها ابنه) أي: المراهقَ كما علِمَ مما مرَّ^(٧)، وأمَّا تقييدُ "الفتح"^(٨) بكونه ابنه من غيرها فقال في "النهر"^(٩): ((لعلِّمَ ما إذا كان ابنه منها بالأولى))، ولا بدَّ من التَّقييدِ بالشَّهوةِ أو ازديادها في الموضعين.

(١) ((سنين)) ليست في "الأصل" و"ب" و"م".

(٢) ((للولد أو لمس الذي يكون سبباً)) ساقط من "م".

(٣) من ((ولا فرق)) إلى (("الفتح")) ساقط من "م".

(٤) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٥٥/أ.

(٥) في "ب": ((الخطأ)).

(٦) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٧/٢.

(٧) المقولة [١١٣١٦] قوله: ((لو جامع غير مراهق إلخ)).

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٩/٣.

(٩) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ١٦٦/ب.

(قَبْلَ أَمِّ امْرَأَتِهِ) فِي أَيِّ مَوْضِعٍ كَانَ عَلَى الصَّحِيحِ، "جَوْهَرَةٌ".....

[١١٣٢٠] (قَوْلُهُ: قَبْلَ أَمِّ امْرَأَتِهِ إلخ) قَالَ فِي "الذَّخِيرَةِ": ((وَإِذَا قَبَّلَهَا أَوْ لَمَسَهَا أَوْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِهَا، ثُمَّ قَالَ: لَمْ يَكُنْ عَنْ شَهْوَةٍ ذَكَرَ "الصَّدْرُ الشَّهِيدُ": أَنَّهُ فِي الْقُبْلَةِ يُفْتَى بِالْحَرَمَةِ مَا لَمْ يَتَبَيَّنْ أَنَّهُ بِلَا شَهْوَةٍ، وَفِي الْمَسِّ وَالنَّظَرِ لَا، إِلَّا إِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ بِشَهْوَةٍ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي التَّقْيِيلِ الشَّهْوَةُ بِخِلَافِ الْمَسِّ وَالنَّظَرِ، وَفِي يَبُوعِ "الْعِيُونِ" خِلَافٌ هَذَا: إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ، وَقَبَّلَهَا أَوْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِهَا، ثُمَّ قَالَ: لَمْ يَكُنْ عَنْ شَهْوَةٍ وَأَرَادَ رَدَّهَا صَدَّقَ، وَلَوْ كَانَتْ مُبَاشِرَةً لَمْ يُصَدَّقْ. وَمِنْهُمْ مَنْ فَصَّلَ فِي الْقُبْلَةِ فَقَالَ: إِنْ كَانَتْ عَلَى الْفَمِ يُفْتَى بِالْحَرَمَةِ، وَلَا يُصَدَّقُ أَنَّهُ بِلَا شَهْوَةٍ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَى الرَّأْسِ أَوْ الذَّقَنِ أَوْ الْخَدِّ فَلَا، إِلَّا إِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ بِشَهْوَةٍ، وَكَانَ الْإِمَامُ "ظَهِيرُ الدِّينِ" يُفْتِي بِالْحَرَمَةِ فِي الْقُبْلَةِ مطلقاً ويقول: لَا يُصَدَّقُ فِي أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ بِشَهْوَةٍ، وَظَاهِرُ إِطْلَاقِ يَبُوعِ "الْعِيُونِ" يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِي الْقُبْلَةِ عَلَى الْفَمِ أَوْ غَيْرِهِ، وَفِي "الْبَقَالِيِّ": إِذَا أَنْكَرَ الشَّهْوَةَ فِي الْمَسِّ يُصَدَّقُ، إِلَّا أَنْ يَقُومَ إِلَيْهَا مُنْتَشِراً فَيُعَانِقَهَا، وَكَذَا قَالَ فِي "الْمَحَرِّدِ"، وَانْتِشَارُهُ دَلِيلُ شَهْوَتِهِ)) اهـ.

[١١٣٢١] (قَوْلُهُ: عَلَى الصَّحِيحِ، "جَوْهَرَةٌ") الَّذِي فِي "الْجَوْهَرَةِ" لـ "الْحَدَّادِيِّ" ^(١) خِلَافٌ هَذَا، فَإِنَّهُ قَالَ: ((لَوْ مَسَّ أَوْ قَبَّلَ وَقَالَ: لَمْ أَشْتِهِ صَدَّقَ، إِلَّا إِذَا كَانَ الْمَسُّ عَلَى الْفَرْجِ وَالتَّقْيِيلُ فِي الْفَمِ)) اهـ.

وَهَذَا هُوَ الْمَوْافِقُ لِمَا سَيَنْقَلُهُ "الشَّارِحُ" ^(٢) عَنْ "الْحَدَّادِيِّ"، وَلِمَا نَقَلَهُ عَنْهُ فِي "الْبَحْرِ" ^(٣) قَائِلاً: ((وَرَجَحَهُ فِي "فَتْحِ الْقَدِيرِ" ^(٤)، وَالْحَقُّ الْخَدُّ بِالْفَمِ)) اهـ.

وَقَالَ فِي "الْفَيْضِ": ((وَلَوْ قَامَ إِلَيْهَا وَعَانَقَهَا مُنْتَشِراً، أَوْ قَبَّلَهَا وَقَالَ: لَمْ يَكُنْ عَنْ شَهْوَةٍ

(١) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٦٩/٢.

(٢) "در" ص ١٢٦-.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٧/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٠/٣.

(حَرَمْتُ) عليه (امرأته ما لم يَظْهَرْ عَدَمُ الشَّهْوَةِ).....

لا يُصَدَّقُ، ولو قَبِلَ ولم تَنْتَشِرْ آتُهُ وقال: كان عن غيرِ شهوةٍ يُصَدَّقُ، وقيل: لا يُصَدَّقُ لو قَبَّلَهَا على الفم، وبه يُفْتَى)) اهـ.

فهذا - كما ترى - صريحٌ في ترجيحِ التفصيل، وأمَّا تصحيحُ الإطلاقِ الذي ذكره "الشارح" فلم أرهُ لغيره، نعم قال [٢٨٣/٣] "القَهْستاني" (١): ((وفي القَبْلَةِ يُفْتَى بها - أي: بالحرمة - ما لم يَتَبَيَّنْ أَنَّهُ بلا شهوةٍ، وَيَسْتَوِي أَنْ يُقَبَّلَ الفمُ أو الذَّقَنُ أو الخَدُّ أو الرَّأسَ، وقيل: إنَّ قَبْلَ الفمِ يُفْتَى بها وإن ادَّعى أَنَّهُ بلا شهوةٍ، وإنَّ قَبْلَ غيرِهِ لا يُفْتَى بها إلَّا إذا بَيَّنَّتِ الشَّهْوَةُ)) اهـ. وظاهرُهُ ترجيحُ الإطلاقِ في التَّقْبِيلِ، لكنْ علِمْتَ التَّصْرِيحَ بِتَرْجِيحِ التَّفْصِيلِ، تأمَّل.

[١١٣٢٢] (قوله: حَرَمْتُ عليه امرأته إلخ) أي: يُفْتَى بالحرمة إذا سُئِلَ عنها، ولا يُصَدَّقُ إذا ادَّعى عَدَمَ الشَّهْوَةِ إلَّا إذا ظَهَرَ عَدَمُهَا بِقَرِينَةِ الْحَالِ، وهذا موافقٌ لِمَا تَقَدَّمَ (٢) عن "القَهْستاني" و"الشَّهيد"، ومخالفٌ لِمَا نقلناه عن "الجوهرة"، وَرَجَحَهُ في "الفتح" (٣)، وعلى هذا فكان الأولُ أَنْ يَقُولَ: لا تَحْرُمُ ما لم تَعْلَمْ الشَّهْوَةُ، أي: بأنَّ قَبْلَهَا مُنْتَشِرًا أو على الفمِ، فَيُوافِقُ ما نقلناه عن "الفيض"، وَلِمَا سَيَأْتِي (٤) أيضًا، وَحِينَئِذٍ فلا فَرْقَ بَيْنَ التَّقْبِيلِ وَالْمَسِّ.

(قوله: وأمَّا تصحيحُ الإطلاقِ الذي ذكره "الشارح" فلم أرهُ لغيره إلخ) أي: مع التَّصْرِيحِ بالإطلاقِ، وإلا فعبارةُ "الصِّدْر" تُصَحِّحُ ما جَرَى عليه "المُصَنِّف" من الإطلاقِ فلذا صَرَّحَ به "الشارح"، نعم الأصوبُ أَنْ يَقُولَ: خلافاً لـ "الجوهرة"، أو يُدِّلُهَا بـ "القَهْستاني".
(قوله: وعلى هذا فكان الأولُ أَنْ يَقُولَ: لا تَحْرُمُ إلخ) لا أولويَّة؛ حيثُ كان ما جَرَى عليه موافقاً لتصحيحِ "القَهْستاني" وظاهرِ إطلاقِ "الصِّدْر".

(١) "جامع الرموز": كتاب النكاح ١/٢٧٣.

(٢) ما تَقَدَّمَ عن الشَّهيد في المَقُولَةُ [١١٣٢٠] قوله: ((قَبِلَ أُمُّ امْرَأَتِهِ إلخ))، وما تَقَدَّمَ عن "القَهْستاني" في المَقُولَةُ

[١١٣٢١] قوله: ((على الصحيح "جوهرة")).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المهرمات ٣/١٣٠.

(٤) المَقُولَةُ [١١٣٤١] قوله: ((وفي "الفتح" إلخ)).

ولو على الفم كما فهمه في "الذخيرة" (وفي المس لا) تحرم (ما لم تعلم الشهوة) لأن الأصل في التقبيل الشهوة بخلاف المس.
(والمعاقبة كالتقبيل) وكذا القرص والعَضُّ بشهوة ولو لأجنبية،.....

[١١٣٢٣] (قوله: ولو على الفم) مبالغة على المنفي لا على النفي، والمعنى: حرمت امرأته إذا لم يظهر عدم الاشتاء، وهو صادق بظهور الشهوة بالشك فيها، أما إذا ظهر عدم الشهوة فلا تحرم ولو كانت القبلة على الفم. اهـ "ح" (١).

[١١٣٢٤] (قوله: كما فهمه في "الذخيرة") أي: فهمه من عبارة "العيون" حيث قال: ((وظاهر ما أطلق في بيوع "العيون")) إلى آخر ما مر^(٢)، وأنت خير بأن كلام "المصنف" مبني على أن الأصل في القبلة الشهوة، وأنه لا يصدق في دعوى عدمها، وهذا خلاف ما في "العيون"، تأمل.

[١١٣٢٥] (قوله: وكذا القرص والعَضُّ بشهوة) ينبغي ترك قوله: ((بشهوة)) كما فعل "المصنف" في المعاقبة؛ لأن المقصود تشبيه هذه الأمور بالتقبيل في التفصيل المتقدم، فلا معنى للتقييد. اهـ "ح" (٣).

[١١٣٢٦] (قوله: ولو لأجنبية) أي: لا فرق بين أن تكون زوجة أو أجنبية، أما الأجنبية فصورتها ظاهرة، وأما الزوجة فكما إذا تزوج امرأة فقرصها أو عضها أو قبّلها أو عانقها، ثم طلقها قبل الدخول حرمت عليه بنتها.

(قوله: ينبغي ترك قوله: ((بشهوة))، كما فعل "المصنف" في المعاقبة (الح) لما كان القرص والعَضُّ قد يُقصد بهما الإيلام، ولم يكن الأصل فيهما الشهوة بخلاف المعاقبة قيد بالشهوة فيهما، ولو أطلق التشبيه لتوهم أن حكمهما حكم التقبيل من ثبوت الحرمة ما لم يظهر عدم الشهوة فالقصد تشبيههما به في ثبوت الحرمة إذا حصلّا بشهوة.

(١) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٥/أ.

(٢) المقولة [١١٣٢٠] قوله: ((قبّل أم امرأته (الح))

(٣) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٥/أ.

وتكفي الشهوة من أحدهما، ومراهق ومجنون وسكران كبالغ، "بزازية". وفي "القنية": ((قَبْلَ السَّكَرَانِ بَنَتْهُ تَحْرُمُ الْأُمُّ^(١)،))

واعلم أن هذا التعميم لا يخص ما نحن فيه، فإن جميع ما قبله كذلك، "ح"^(٢). وخصَّ البنت لأنَّ الأمَّ تحرَّم بمجرَّد العقد.

[١١٣٢٧] (قوله: وتكفي الشهوة من أحدهما) هذا إنما يظهر في المس، أمَّا في النظر فتعتبر الشهوة من الناظر، سواء وُجدت من الآخر أم لا. اهـ "ط"^(٣).

وهكذا بحث "الخَيْرُ الرَّمْلِيُّ" أخذاً من ذكرهم ذلك [٣/٢٨٣ب] في بحث المس فقط، قال: ((والفرق اشتراكهما في لذّة المس كالشترَكَيْنِ في لذّة الجماع بخلاف النظر)).

[١١٣٢٨] (قوله: كبالغ) أي: في ثبوت حرمة المصاهرة بالوطء أو المس أو النظر، ولو تسمّ المقابلات - بأن قال: كبالغ عاقلٍ صاحٍ - لكان أولى، "ط"^(٤). وفي "الفتح"^(٥): ((لو مسَّ المراهق وأقرَّ أنه بشهوة تثبت الحرمة عليه)).

[١١٣٢٩] (قوله: "بزازية"^(٦)) لم أرَ فيها إلا المراهق دون المجنون والسكران، نعم رأيتهما في "حاوي الزَّاهِدِيَّ".

[١١٣٣٠] (قوله: تحرّم الأمُّ) كذا يوجد في بعض النسخ، وفي عامّيتها بدون ((الأمُّ))، فهو من باب الحذف والإيصال كما قال "ح"^(٧)، وعبارة "القنية"^(٨) هكذا: ((قَبْلَ الْمَجْنُونِ

(١) ((الأم)) ساقطة من "و".

(٢) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٥/أ.

(٣) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٧/٢.

(٤) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٧/٢.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٠/٣.

(٦) "البزازية": كتاب النكاح - الثاني والثالث في محل النكاح وما يثبت به حرمة المصاهرة ١١٢/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٥/أ.

(٨) "القنية": كتاب النكاح - باب في حرمة المصاهرة ق ٣٤/ب.

وبجريمة المصاهرة لا يرتفع النكاح، حتى لا يحل لها التزوُّج بآخر إلا بعد المتاركة وانقضاء العدة، والوطء بها لا يكون زناً))،.....

أم امرأته بشهوة أو السكران بنته محرّم)) اهـ، أي: تحرّم امرأته.

[١١٣٣١] (قوله: وبجريمة المصاهرة إلخ) قال في "الذخيرة": ((ذكر "حمّد" في نكاح "الأصل"^(١): أن النكاح لا يرتفع بجريمة المصاهرة والرّضاع، بل يفسد، حتى لو وطئها الزّوج قبل التفريق لا يجب عليه الحدّ اشتبه عليه أو لم يشتبه عليه)) اهـ.

[١١٣٣٢] (قوله: إلا بعد المتاركة) أي: وإن مضى عليها سنون كما في "البرازية"^(٢)، وعبارة "الحاوي": ((إلا بعد تفريق القاضي أو بعد المتاركة)) اهـ.

وقد علمت أن النكاح لا يرتفع بل يفسد، وقد صرّحوا في النكاح الفاسد بأن المتاركة لا تتحقّق إلا بالقول إن كانت مدخولاً بها ك: تركتك أو خلّيت سبيلك، وأمّا غير المدخول بها فقيل: تكون بالقول وبالترك على قصد عدم العود إليها، وقيل: لا تكون إلا بالقول فيهما، حتى لو تركها ومضى على عدّتها سنون لم يكن لها أن تزوّج بآخر، فافهم.

[١١٣٣٣] (قوله: والوطء بها إلخ) أي: الوطء الكائن في هذه الحرمة قبل التفريق والمتاركة ((لا يكون زناً))، قال في "الحاوي": ((والوطء فيها لا يكون زناً؛ لأنه مختلف فيه، وعليه مهر المثل بوطئها بعد الحرمة، ولا حدّ عليه، وثبت النسب)) اهـ.

(قوله: والوطء فيها لا يكون زناً؛ لأنه مختلف فيه) من هذا يُعلم تقييد المسألة بما إذا كانت حرمة المصاهرة مختلفاً فيها؛ بأن كان الوطء زناً بدون شبهة، والرّضاع أقلّ من خمس رضعات مُشبعات. وبما ذكرَ تكون المسألة ظاهرة الوجه.

(١) لم نعر عليها في القسم المطبوع الذي بين أيدينا.

(٢) "البرازية": كتاب النكاح - الثاني والثالث في عل النكاح وما يثبت به حرمة المصاهرة ١١٣/٤. (هامش "الفتاوى الهندية").

وفي "الخائنية": ((أَنَّ النَّظَرَ إِلَى فَرْجِ^(١) ابْنَتِهِ بِشَهْوَةٍ يُوجِبُ حَرَمَةَ امْرَأَتِهِ، وَكَذَا لَوْ فَرِغَتْ فَدَخَلَتْ فِرَاشَ أَبِيهَا غُرْبَانَةً، فانتَشَرَ لَهَا أَبُوها تحَرُّمٌ عَلَيْهِ أُمُّهَا)).

(وَبُنْتُ) سِنُّهَا (دُونَ تَسْعِ^(٢) لَيْسَتْ بِمُشْتَهَاةٍ) بِهِ يُفْتَى (وإنِ ادَّعَتْ الشَّهْوَةَ) فِي تَقْبِيلِهِ أَوْ تَقْبِيلِهَا ابْنَهُ (وَأَنْكَرَهَا الرَّجُلُ).....

[١١٣٣٤] (قَوْلُهُ: وَفِي "الخائنية" (٢) إلخ) مُسْتَعْنَى عَنْهُ بِمَا تَقَدَّمَ، "ح" (٤).

[١١٣٣٥] (قَوْلُهُ: فَدَخَلَتْ فِرَاشَ أَبِيهَا) كَتَبَ بِهِ عَنِ الْمَسِّ، وَإِلَّا فَمَحْرُودُ الدُّخُولِ بِغَيْرِ مَسٍّ لَا يُعْتَبَرُ، "ط" (٥).

[١١٣٣٦] (قَوْلُهُ: لَيْسَتْ بِمُشْتَهَاةٍ، بِهِ يُفْتَى) كَذَا فِي "البحر" (٦) عَنْ "الخائنية" (٧)، ثُمَّ قَالَ: ((فَأَفَادَ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ سَمِينَةً أَوْ لَا، وَلِذَا قَالَ فِي "المعراج": بُنْتُ خَمْسٌ لَا تَكُونُ مُشْتَهَاةً اتِّفَاقًا، وَبُنْتُ تَسْعٌ فَصَاعِدًا مُشْتَهَاةً اتِّفَاقًا، وَفِيمَا بَيْنَ الْخَمْسِ وَالتَّسْعِ اخْتِلَافُ الرَّوَايَةِ وَالْمَشَايِخِ، وَالْأَصَحُّ [١/٢٩ق/٣] أَنَّهَا لَا تُثَبِّتُ الْحَرَمَةَ)) اهـ.

[١١٣٣٧] (قَوْلُهُ: وَإِنْ ادَّعَتْ الشَّهْوَةَ فِي تَقْبِيلِهِ) أَي: ادَّعَتْ الزَّوْجَةَ أَنَّهُ قَبَّلَ أَحَدَ أَصُولِهَا أَوْ فُرُوعِهَا بِشَهْوَةٍ، أَوْ أَنَّ أَحَدَ أَصُولِهَا أَوْ فُرُوعِهَا قَبَّلَهُ بِشَهْوَةٍ، فَهُوَ مُصَدِّرٌ مُضَافٌ إِلَى فَاعِلِهِ

(١) فِي "د" وَ"و": ((لِلْفَرْجِ)).

(٢) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((قَوْلُهُ: وَبُنْتُ دُونَ تَسْعِ إلخ، أَعْلِمَ أَنَّ بُنْتُ تَسْعٌ أَوْ أَكْثَرُ تَكُونُ مُشْتَهَاةً، وَقَدْ لَا تَكُونُ مُشْتَهَاةً، وَهَذَا يَخْتَلِفُ بِعَظَمِ الْجَنَةِ وَصِغَرِهَا، أَمَّا قَبْلُ أَنْ يَبْلُغَ تَسْعَ سِتِّينَ فَالْفَتْوَى عَلَى أَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُشْتَهَاةٍ. وَفِي شَرْحِ الْكَتْرِ: قَالَ أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ ابْنُ الْفَضْلِ: بُنْتُ تَسْعَ مُشْتَهَاةٍ مِنْ غَيْرِ تَقْصِيلٍ، وَبُنْتُ ثَمَانٍ أَوْ سَبْعٍ أَوْ سِتٍّ إِنْ كَانَتْ عَجَلَةً ضَخْمَةً كَانَتْ مُشْتَهَاةً، وَإِلَّا فَلَا. وَلَوْ كَثُرَتِ الْمَرْأَةُ حَتَّى خَرَجَتْ عَنْ حُدِّ الْإِشْتِهَاءِ تَوَجَّبَ الْحَرَمَةُ؛ لِأَنَّهَا دَخَلَتْ تَحْتَ حُكْمِ الْإِشْتِهَاءِ، فَلَا تَخْرُجُ عَنْهُ بِالْكِبَرِ، وَلَا كَذَلِكَ الصَّغِيرَةُ، انْتَهَى. كَذَا ذَكَرَهُ الشُّعْنَيْ فِي شَرْحِ "النِّقَايَةِ" تَقْلَافًا عَنْ شَرْحِ "الرُّوَايَةِ"). ق ١٥٢ ب.

(٣) "الخائنية": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ٣٦٣/١ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

(٤) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ق ١٥٥ أ.

(٥) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ١٥٢.

(٦) "البحر": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ١٠٦/٣.

(٧) "الخائنية": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ٣٦٣/١ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

فهو مُصَدِّقٌ لا هي (إِلَّا أَنْ يَقُومَ إِلَيْهَا مُنْتَشِرًا) أَلْتَهُ (فِيْعَانِقَهَا) لقرينة كذبه (أو يأخذُ ثديها أو يركبَ معها) أو يَمَسُّهَا على الفَرْجِ، أو يُقَبِّلُهَا على الفم، قاله "الحَدَّادِي"، وفي "الفتح": ((يَتَرَاى إلحاقُ الخَدَيْنِ بالفمِ))، وفي "الخلاصة"^(١): ((قيل له: ما فَعَلْتَ بأمِّ امرأتك؟ فقال: جامعْتُها تثبُّتُ الحرمةُ،.....

أو مفعوله، وكذا قوله: ((أو تَقْبِيلُهَا ابنَهُ))، فإن كانت إضافته إلى المفعولِ فد ((ابنَهُ)) فاعلٌ، والأنسبُ لنَظْمِ الكلامِ إضافةُ الأوَّلِ لفاعلهِ والثاني لمفعوله؛ ليكونَ فاعلُ ((يقومُ)) الرَّجُلُ أو ابنُهُ كما أفادته "ح"^(٢).

[١١٣٣٨] (قوله: فهو مُصَدِّقٌ) لَأَنَّهُ يُنَكِّرُ ثُبُوتَ الحرمةِ، والقولُ للمنكيرِ، وهذا ذكرُهُ في "الذخيرة" في المسَّ لا في التَّقبيلِ كما فَعَلَ "الشَّارَحُ"، فَإِنَّهُ مَخَالَفٌ لِمَا مَشَى عَلَيْهِ "المصنِّف" أَوَّلًا: ((من أَنَّهُ في التَّقبيلِ يُفْتَى بالحرمةِ ما لم يَظْهَرْ عَدَمُ الشَّهْوَةِ))، وَقَدْ مَنَّا^(٣) عَنْ "الذخيرة" نَقْلَ الخلافِ في ذلك، فما هنا مبنيٌّ على ما في بيوع "العيون".

[١١٣٣٩] (قوله: أَلْتَهُ) بِالرَّفْعِ فاعلُ ((مُنْتَشِرًا))، "ط"^(٤).

[١١٣٤٠] (قوله: أو يَرْكَبُ معها) أي: على دَائِيَّةٍ بخلافِ ما إِذَا رَكِبَتْ عَلَى ظَهْرِهِ وَعَبَرَ المَاءَ، حيثُ يُصَدِّقُ في أَنَّهُ لا عن شهوةٍ، "بِرَّازِيَّةً"^(٥).

[١١٣٤١] (قوله: وفي "الفتح"^(٦)) (إِلْح) قال فيه: ((والحاصل: أَنَّهُ إِذَا أَقَرَّ بِالنَّظَرِ وَأَنْكَرَ الشَّهْوَةَ صُدِّقَ بِلا خلافٍ، وفي المباشرةِ لا يُصَدِّقُ بِلا خلافٍ فيما أَعْلَمُ، وفي التَّقبيلِ اِخْتَلَفَ فيه،

(١) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثالث فيما ثبت به حرمة المصاهرة وفيما لا تثبت ق ٧٦/أ تبصرف.

(٢) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٥/أ.

(٣) المقولة [١١٣٢٠] قوله: ((قَبِلَ أمَّ امرأته إلح)).

(٤) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٢٠/٢.

(٥) "البرازية": كتاب النكاح - الثاني والثالث في غل النكاح وما يثبت به حرمة المصاهرة ١١٣/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٠/٣.

ولا يُصَدِّقُ أَنَّهُ كَذَبَ وَلَوْ هَازِلًا)).

(وَتُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى الْإِقْرَارِ بِاللَّمْسِ وَالتَّقْبِيلِ عَنْ شَهْوَةٍ، وَكَذَا) تُقْبَلُ (عَلَى نَفْسِ اللَّمْسِ وَالتَّقْبِيلِ) وَالتَّنْظَرِ إِلَى ذِكْرِهِ أَوْ فَرْجِهَا (عَنْ شَهْوَةٍ فِي الْمُخْتَارِ) "تَحْنِيسٌ"؛ لِأَنَّ الشَّهْوَةَ مِمَّا يُوقَفُ عَلَيْهَا فِي الْجُمْلَةِ بَاتِّشَارٍ أَوْ آثَارٍ.....

قيل: لا يُصَدِّقُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ إِلَّا عَنْ شَهْوَةٍ غَالِبًا، فَلَا يُقْبَلُ إِلَّا أَنْ يَظْهَرَ خِلَافُهُ بِلَا تَشَارِ وَنَحْوِهِ، وَقِيلَ: يُقْبَلُ، وَقِيلَ بِالتَّفْصِيلِ بَيْنَ كَوْنِهِ عَلَى الرَّأْسِ وَالْجَبْهَةِ وَالْخَدِّ فَيُصَدِّقُ، أَوْ عَلَى الْفَمِ فَلَا، وَالْأَرْحُحُ هَذَا، إِلَّا أَنَّ الْخَدَّ يَتَرَاوَى لِخِلَافِهِ بِالْفَمِ)) اهـ.

وقوله: ((إِلَّا أَنْ يَظْهَرَ الْإِلْحَ)) حَقُّهُ أَنْ يُذَكَّرَ بَعْدَ قَوْلِهِ: ((وَقِيلَ: يُقْبَلُ)) كَمَا لَا يَخْفَى. وَلَمْ يَذْكُرِ الْمَسَّ، وَقَدْ مَنَّا^(١) عَنْ "الدَّخِيرَةِ": ((أَنَّ الْأَصْلَ فِيهِ عَدَمُ الشَّهْوَةِ مِثْلَ النَّظَرِ، فَيُصَدِّقُ إِذَا أُنْكَرَ الشَّهْوَةُ، إِلَّا أَنْ يَقُومَ إِلَيْهَا مُتَشِيرًا))، أَيْ: لِأَنَّ الْإِتِّشَارَ دَلِيلُ الشَّهْوَةِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ الْمَسُّ عَلَى الْفَرْجِ كَمَا مَرَّ^(٢) عَنْ "الْحَدَّادِيِّ"؛ لِأَنَّهُ دَلِيلُ الشَّهْوَةِ غَالِبًا، وَمَا ذَكَرَهُ فِي "الْفَتْحِ"^(٣) بَحْثًا مِّنْ الْإِحَاقِ تَقْبِيلِ الْخَدِّ بِالْفَمِ - أَيْ: بِخِلَافِ الرَّأْسِ وَالْجَبْهَةِ - غَيْرُ مَا تَقَدَّمَ^(٤) فِي كَلَامِ "الدَّخِيرَةِ" عَنِ الْإِمَامِ "ظَهِيرِ الدِّينِ"، فَإِنَّ ذَلِكَ لَمْ يُفْصَلْ، فَافْهَمْ.

[١١٣٤٢] (قَوْلُهُ: وَلَا يُصَدِّقُ أَنَّهُ كَذَبَ الْإِلْحَ) أَيْ: عِنْدَ الْقَاضِي، أَمَّا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى إِنْ كَانَ كَاذِبًا فِيمَا أَقَرَّ لَمْ تَنْبُتِ الْحَرَمَةُ، وَكَذَا إِذَا أَقَرَّ بِجِمَاعِ أُمِّهَا [٣/٢٩ق/ب] قَبْلَ التَّرْجُحِ لَا يُصَدِّقُ فِي حَقِّهَا، فَيَجِبُ كَمَا لَ الْمَسْمُوعُ لَوْ بَعْدَ الدُّخُولِ، وَنِصْفُهُ لَوْ قَبْلَهُ، "بَحْرٌ"^(٥).

[١١٣٤٣] (قَوْلُهُ: "تَحْنِيسٌ") كَذَا عَزَاهُ إِلَيْهِ فِي "الْبَحْرِ"^(٦)، وَكَذَا رَأَيْتُهُ فِيهِ أَيْضًا، وَنَصَّ عِبَارَتِهِ:

٢٨٣/٢

(١) الْمَقُولَةُ [١١٣٢٠] قَوْلُهُ: ((قَبْلَ أَمْرِ أَنْ يُلْحَ)).

(٢) "دَرْ" ص ١٢٦ -.

(٣) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْحَرَمَاتِ ١٣٠/٣.

(٤) الْمَقُولَةُ [١١٣٢٠] قَوْلُهُ: ((قَبْلَ أَمْرِ أَنْ يُلْحَ)).

(٥) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْحَرَمَاتِ ١٠٩/٣.

(٦) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْحَرَمَاتِ ١٠٩/٣.

(و) حَرَمَ (الجمع) بين المحارم (نكاحاً) أي: عقداً صحيحاً.....

((المختار: أنه تقبل، إليه أشار "محمد" في "الجامع"^(١)، وإليه ذهب فخر الإسلام "عليّ البردوي"؛ لأنّ الشهوة مما يوقف عليه بتحريك العضو ممن يتحرك عضوه، أو بآثار آخر ممن لا يتحرك عضوه)) اهـ. فما ذكره من التعليل من كلام "التجنيس" أيضاً.
وبه ظهر أنّ ما في "النهر"^(٢) - من عزوه إلى "التجنيس": ((أنّ المختار عدم القبول)) - سبق قلم.

[١١٣٤٤] (قوله: بين المحارم الأولى حذفه؛ لأنّ قول "المصنف": ((بين امرأتين)) يغني عنه، ولعلّ يؤتوهم اختصاص الثاني بالجمع وطناً، بملكيتين، ولا يصح إعرابه بدلاً منه بدلاً مفصّل من محمل؛ لأنّ "الشارح" ذكر له عاملاً يخصّه، وهو قوله: ((وحرم الجمع))، فافهم.
وأراد بالمحارم ما يشمل النسب والرضاع، فلو كان له زوجتان رضيعتان أرضعتهما أجنبيّة فسدّ نكاحهما كما في "البحر"^(٣).

[١١٣٤٥] (قوله: أي: عقداً صحيحاً) الأنسب حذف قوله: ((صحيحاً)) كما فعل في "البحر"^(٤) و"النهر"^(٥)، ولذا قال "ح"^(٦): ((لا ثمة لهذا القيد^(٧)) فيما إذا تزوّجهما في عقد واحد - فإنه لا يكون صحيحاً قطعاً - ولا فيما إذا تزوّجهما على التعاقب وكان نكاح الأولى صحيحاً،

(قوله: لا يكون صحيحاً قطعاً إلخ) أي: والحُرْمَةُ ثابتة في هذه الصّورة كالتّي بعدها.

(١) "الجامع الكبير": كتاب النكاح - باب نكاح ما يقام عليه البينة من المرأة والزوج الذي يفرق بين المرأة وزوجها ص ٩٥..

(٢) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٦/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٢/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٢/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٥/ب.

(٦) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٥/ب.

(٧) في "الأصل": ((في القيد)).

(وَعِدَّةٌ وَلَوْ مِنْ طَلَاقٍ بَائِنٍ، وَ) حَرَّمَ الْجَمْعُ (وُطْئًا).....

فإنَّ نكاحَ الثَّانِيَةِ - والحالَةُ هذه - باطلٌ قطعاً، نعم له ثَمَرَةٌ فيما إذا تزَوَّجَ الأولى فاسداً، فإنَّ له حينئذٍ أن يَعتَقِدَ على الثَّانِيَةِ، ويصدِّقَ عليه أَنَّهُ جَمَعَ بينهما نكاحاً، ونكاحُ الأولى - وإن كان فاسداً - يُسمَّى نكاحاً كما شاعَ في عباراتهم)) اهـ.

[١١٣٤٦] (قوله: وعِدَّةٌ معطوفٌ على ((نكاحاً)) منصوبٌ مثله على التَّمييز.

[١١٣٤٧] (قوله: ولو من طلاقٍ بائِنٍ) شَمِلَ العِدَّةَ من الرَّجْعِيِّ، أو من إعتاقِ أُمٍّ ولِدٍ خلافاً لهما، أو من تفريقٍ بعد نكاحٍ فاسدٍ. وأشار إلى أنَّ مَنْ طَلَّقَ الأَرَبَ لا يجوزُ له أن يتزوَّجَ امرأةً قبل انقضاءِ عِدَّتَيْهِنَّ، فإن انقضَّتْ عِدَّةُ الكلِّ معاً جازَ له تزوُّجُ أربع، وإن واحدةً فواحدة، "بحر" (١).

(فرغ)

ماتت امرأته له التزوُّجُ بأختها بعد يومٍ من موتها كما في "الخلاصة" (٢) عن "الأصل"، وكذا في "المبسوط" لـ "صدر الإسلام" و"المحيط" لـ "السرخسي" (٣) و"البحر" (٤) و"التاترخانية" (٥) وغيرها من الكتب المعتمدة، وأمَّا ما عَزَى إلى "الثنف" (٦) من وجوبِ العِدَّةِ فلا يُعتمدُ عليه، [٣/١٠٠] وتأمُّه في كتابنا "تنقيح الفتاوى الحامدية" (٧).

(قوله: أو من إعتاقِ أُمٍّ ولِدٍ خلافاً لهما إلخ) إذا أعتقَ أُمٌّ ولِدَهُ ووجبَ عليها العِدَّةُ ثلاثَ حيضٍ وتزوُّجُ أختها أو أربعاً من الأُحبابِ فقال "زُفَرٍ": لا يجوزُ كِلَاهُمَا، وقال "أبو يوسف" و"محمد": يجوزُ كِلَاهُمَا، وقال "أبو حنيفة": نكاحُ الأُخت لا يجوز، ونكاحُ الأَرَبِ يجوز "سراج"، اهـ "سندي".

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٩/٣.

(٢) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني فيمن تكون مَحلاً للنكاح وفيمن لا تكون ٧٥/ب.

(٣) في "ب" و "م": ((المحيط السرخسي)).

(٤) "البحر": لم نعرِ عليها في مظانها.

(٥) "التاترخانية": كتاب النكاح - الفصل الثامن: ما يجوز من الأنكحة وما لا يجوز ٧/٣.

(٦) "الثنف": كتاب النكاح - الشرط السابع: العدة ٢٦١/١.

(٧) انظر "العقود الدرية": كتاب النكاح ١٨/١.

يَمْلِكُ يَمِينٍ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ أُتِيَهُمَا فُرِضَتْ ذَكَرًا لَمْ تَحِلَّ لِلْأُخْرَى) أَبَدًا؛ لحديث "مسلم":

[١١٣٤٨] (قوله: يَمْلِكُ يَمِينٍ) متعلق بـ ((وطناً))، واحْتَرَزَ بِالْجَمْعِ وَطْناً عَنِ الْجَمْعِ مُلْكاً من غيرِ وَطءٍ، فَإِنَّهُ جَائِزٌ كَمَا فِي "الْبَحْرِ"^(١)، "ط"^(٢).

[١١٣٤٩] (قوله: بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ) يَرْجِعُ إِلَى الْجَمْعِ نِكَاحاً وَعِدَّةً وَطْناً يَمْلِكُ يَمِينٍ، "ط"^(٣)، أي: فِي عِبَارَةِ "المُصَنَّفِ"، أَمَّا عَلَى عِبَارَةِ "الشَّارِحِ" فَهُوَ مُتَعَلِّقٌ بِالْأَخِيرِ.

[١١٣٥٠] (قوله: أُتِيَهُمَا فُرِضَتْ) (لِخ) أَي: آيَةً وَاحِدَةً مِنْهُمَا فُرِضَتْ ذَكَرًا لَمْ يَحِلَّ لِلْأُخْرَى، كَالْجَمْعِ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا، وَالْجَمْعُ بَيْنَ الْأُمِّ وَالْبَنْتِ نَسَباً أَوْ رِضَاعاً^(٤)، وَكَالْجَمْعِ بَيْنَ عَمَّتَيْنِ أَوْ خَالَتَيْنِ، كَأَن يَتَزَوَّجَ كُلُّهُمَا مِنْ رَجُلَيْنِ أَمَّ الْآخِرِ فَيُولَدُ لِكُلِّ مِنْهُمَا بِنْتُ، فَيَكُونُ كُلُّ مَنْ الْبَنَّتَيْنِ عَمَّةَ الْأُخْرَى، أَوْ يَتَزَوَّجَ كُلُّ مِنْهُمَا بِنْتَ الْآخِرِ وَيُولَدُ لَهَا بِنْتَانِ، فَكُلُُّ مِنَ الْبَنَّتَيْنِ خَالَةُ الْأُخْرَى^(٥) كَمَا فِي "الْبَحْرِ"^(٦).

[١١٣٥١] (قوله: أَبَدًا) قَيْدٌ بِهِ - تَبَعاً لـ "الْبَحْرِ"^(٧) وَغَيْرِهِ - لِإِخْرَاجِ مَا لَوْ تَزَوَّجَ أُمَةٌ ثُمَّ سَيِّدَتَهَا فَإِنَّهُ يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا فُرِضَتْ الْأُمَةُ ذَكَرًا لَا يَصِحُّ لَهُ إِيرَادُ الْعَقْدِ عَلَى سَيِّدَتِهِ، وَلَوْ فُرِضَتْ السَّيِّدَةُ ذَكَرًا لَا يَحِلُّ لَهُ إِيرَادُ الْعَقْدِ عَلَى أُمِّهِ إِلَّا فِي مَوْضِعِ الْإِحْتِيَاطِ كَمَا يَأْتِي^(٨)، لَكِنَّ هَذِهِ الْحَرَمَةَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ مُؤَقَّتَةٌ إِلَى زَوَالِ مُلْكِ الْيَمِينِ، فَإِذَا زَالَ فَأُتِيَهُمَا فُرِضَتْ ذَكَرًا صَحَّ إِيرَادُ الْعَقْدِ مِنْهُ عَلَى الْأُخْرَى، فَلِذَا جَازَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا، وَاحْتِجَّ إِلَى إِخْرَاجِ هَذِهِ الصُّورَةِ مِنَ الْقَاعِدَةِ الْمَذْكُورَةِ بِقَيِّدِ الْأَبَدِيَّةِ،

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٢/٣.

(٢) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٨/٢.

(٣) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٨/٢.

(٤) في "د" زيادة: ((هذه العبارة منقولة عن "الفتاوى الهندية"))، ق ١٥٣/١.

(٥) من ((أو يتزوج)) إلى ((الأخرى)) ساقط من "ت".

(٦) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٤/٣.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٥/٣.

(٨) "در" ص ٤٦٦ - ١.

((لا تُنكحُ المرأةُ على عَمَّتِها))، وهو مشهورٌ يصلحُ مُخصَّصاً للكتاب (فجازَ الجمعُ بين امرأةٍ وبنْتِ زوجِها) أو امرأةٍ أَيْنها،

لكنَّ هذا بناءً على أنَّ المراد من عدمِ الحلِّ في قوله: ((أَيْتُها^(١)) فُرِضَتْ ذَكَراً لم تحِلَّ^(٢)) للأخرى)) عدمُ حلِّ إيرادِ العَقْدِ، أمَّا لو أُريدَ به عدمُ حلِّ الوطءِ لا يُحتاجُ في إخراجِها إلى قَيْدِ الأَيْدِيَّةِ؛ لأنَّها خارجةٌ بدونه، فإنَّه لو فُرِضَتْ السَّيِّدَةُ ذَكَراً يَحِلُّ له وطءُ أُمِّهِ، أفادَهُ "ح"^(٣).

[١١٣٥٢] (قوله: لا تُنكحُ المرأةُ على عَمَّتِها) تمامُهُ: ((ولا على خالَتِها، ولا على ابْنَةِ أُخِيها، ولا على ابْنَةِ أختِها^(٤))).

[١١٣٥٣] (قوله: وهو مشهورٌ) فإنَّه ثابتٌ في صحيحَي "مسلمٍ" و"ابنِ حَبَّانٍ"^(٥)، ورواه "أبو داود"، و"الترمذِيُّ"، و"النسائيُّ"، وتلقَّاه الصَّدْرُ الأوَّلُ بالقبول من الصَّحَابَةِ والتَّابِعِينَ، ورواه الجَمُّ الغفيرُ، منهم "أبو هريرة"، و"جابرٌ"، و"ابنُ عَبَّاسٍ"، و"ابنُ عُمرٍ"، و"ابنُ مسعودٍ"، و"أبو سعيدٍ الخدريُّ"، فيصلحُ مُخصَّصاً لعمومِ قوله تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ [النساء - ٢٤]، مع أنَّ العمومَ المذكورَ مخصوصٌ بالْمُشْرَكَةِ والجَوْسِيَّةِ وبناتِهِ من الرِّضَاعَةِ، فلو كان من أخبارِ الآحادِ جازَ التَّخصيصُ به غيرُ مُتَوَقَّفٍ [٣/٣٠٠ ب] على كونه مشهوراً.

(١) في "الأصل" و"٣" و"ب": ((أَيْتُها))، وما أثبتناه من "م" هو الموافق لعبارة "الدر".

(٢) في "الأصل" و"٣" و"ب": ((يَحِلُّ))، وما أثبتناه من "م" هو الموافق لعبارة "الدر".

(٣) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٥ ب.

(٤) ((ولا على ابْنَةِ أختِها)) ساقط من "الأصل".

(٥) وأخرجه مالك في "الموطأ" (٥٢٥) كتاب النكاح - باب لا يجمع الرجل بين المرأة وعمَّتِها في النكاح، والبخاري

(٥١٠٨) كتاب النكاح - باب: لا تنكح المرأة على عمتها، ومسلم (١٤٠٨) كتاب النكاح - باب تحريم الجمع

بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، وأبو داود (٢٠٦٥) كتاب النكاح - باب ما يكره أن يجمع بينهما من

النساء، والترمذي (١١٢٥) كتاب النكاح - باب ما جاء لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها، والنسائي

٩٨/٦ كتاب النكاح - باب تحريم الجمع بين المرأة وخالتها، وابن ماجه (١٩٢٩) كتاب النكاح - باب لا تنكح

المرأة على عمتها ولا على خالتها، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٣٤٥/٥، وصححه ابن حبان (٤٠٦٨) كتاب

النكاح - باب ذكر الزجر عن سؤال المرأة الرجل أختها ما في صحفها، و(٤١١٧) باب حرمة المناكحة،

كلُّهم من حديث أبي هريرة ؓ.

والظاهر: أنه لا بد من ادعاء الشهرة؛ لأن الحديث موقعه النسخ لا التخصيص؛ لأن ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [البقرة - ٢٢١] ناسخ لعموم ﴿وَأَجَلْ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾^(١)؛ إذ لو تقدم لزم نسخه بالآية، فلزم حلّ المشركات وهو منتف، أو تكرار النسخ وهو خلاف الأصل، بيان الملازمة: أنه يكون السابق حُرمة المشركات ثم يُنسخ بالعام، وهو ﴿وَأَجَلْ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾، ثم يجب تقدير ناسخ آخر؛ لأنّ الثابت الآن الحرمة، "فتح"^(٢). وبه اندفع ما في "العناية"^(٣): ((من أن شرط التخصيص المقارنة عندنا وليست بمعلومة)).

(تنبيه)

ما ذكره من الدليل لا يكفي لإثبات عموم القاعدة من حرمة الجمع بين جميع المحارم، فإن الجمع بينهما حرم لإفضائه إلى قطع الرّجيم لوقوع التشاجر عادةً بين الصّرتين، والدليل على اعتباره ما ثبت في الحديث برواية "الطبراني"^(٤)، وهو قوله ﷺ: «فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم»، وتماؤه في "الفتح"^(٥).

(تتمّة)

عن هذا أجاب "الرملي" الشافعي عن الجمع بين الأختين في الجنّة: ((بأنه لا مانع منه؛ لأنّ الحكم يدور مع العلة وجوداً وعدمًا، وعلّة التباغض وقطيعة الرّجيم منتفية في الجنّة إلاّ الأم والبنّت)) اهـ. أي: لعلّة الجزئية فيهما، وهي موجودة في الجنّة أيضاً بخلاف نحو الأختين.

(١) ﴿مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ ليست في "الأصل" و"ب" و"م".

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٥/٣.

(٣) "العناية": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٥/٣ (هامش "فتح القدير").

(٤) أخرجه الطبراني في "الكبير" ٦٦٦/١١ - ٦٦٧، وأحمد ٢١٧/١ و٣٧٢، وأبو داود (٢٠٦٧) كتاب النكاح - باب ما يكره

أن يجمع بينهما من النساء، والزمذمي (١١٢٥) كتاب النكاح - باب ما جاء لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها،

وقال: حديث حسن صحيح، وابن حبان (٤١١٦) كتاب النكاح - باب حرمة الماكحة، كلّهم من حديث ابن عباس وفي

البايع عن أبي هريرة وعلي بن عمر وأبي سعيد وجابر وعائشة وأبي موسى وسمرة بن جندب وعبد الله بن عمرو ؓ.

(٥) انظر "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٥/٣.

أو أُمَةٍ^(١) ثُمَّ سَيِّدَتِهَا؛ لِأَنَّهُ لَوْ فُرِضَتْ الْمَرْأَةُ أَوْ امْرَأَةُ الْإِبْنِ أَوْ السَّيِّدَةُ ذَكَرًا لَمْ يَحْرُمَ بِخِلَافٍ عَكْسِهِ.

(وَأِنْ تَزَوَّجَ) بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ (أَخْتَ أُمَةً) قَدْ (وَطَّئَهَا صَحَّ) النِّكَاحُ (لَكِنْ لَا يَطَأُ وَاحِدَةً) مِنْهُمَا.....

[١١٣٥٤] (قَوْلُهُ: أَوْ أُمَةٍ ثُمَّ سَيِّدَتِهَا) الْأَوَّلَى عَدَمُ ذِكْرِ هَذِهِ الصُّورَةِ؛ لِمَا عَلِمَتْ مِنْ أَنَّ إِخْرَاجَهَا مِنَ الْقَاعِدَةِ بِقَيْدِ الْأَبْدِيَّةِ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ مِنْ عَدَمِ الْحِلِّ عَدَمُ حِلِّ إِبْرَادِ الْعَقْدِ، وَهُوَ ثَابِتٌ مِنَ الطَّرْفَيْنِ كَمَا قَرَّرْنَاهُ، فَيُنَاقِ قَوْلُهُ الْآتِي: ((لَمْ يَحْرُمَ))، وَلَوْ أُرِيدَ بِعَدَمِ الْحِلِّ عَدَمُ حِلِّ الْوَطْءِ صَحَّ قَوْلُهُ: ((لَمْ يَحْرُمَ))، لَكِنَّهُ يُسْتَعْنَى عَنْ قَيْدِ الْأَبْدِيَّةِ، وَلَعَلَّهُ أَشَارَ إِلَى أَنَّ جَوَازَ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا ثَابِتٌ عَلَى كُلِّ مِنَ التَّقْدِيرَيْنِ، فَافْهَمْ.

قال "ح" ^(٢): ((وَأَشَارَ بِ: ثُمَّ إِلَى أَنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَهُمَا فِي عُقْدَةٍ لَمْ يَصَحَّ نِكَاحُ وَاحِدَةٍ، وَلَوْ تَزَوَّجَهُمَا فِي عُقْدَتَيْنِ وَالسَّيِّدَةُ مُقَدَّمَةٌ لَمْ يَصَحَّ نِكَاحُ الْأُمَةِ كَمَا قَدَّمْنَاهُ أَوَّلَ الْفَصْلِ)).

[١١٣٥٥] (قَوْلُهُ: لَمْ يَحْرُمَ) أَي: التَّزَوُّجُ فِي الصُّورِ الثَّلَاثِ؛ لِأَنَّ الذِّكْرَ الْمَفْرُوضَ فِي الْأَوَّلَى يَصِيرُ مُتَزَوِّجًا بِنْتِ الزَّوْجِ، وَهِيَ بِنْتُ رَجُلٍ أَجْنَبِيٍّ، وَفِي الثَّانِيَةِ يَصِيرُ مُتَزَوِّجًا امْرَأَةً أَجْنَبِيَّةً، وَفِي الثَّلَاثَةِ^(٣) يَصِيرُ وَاطئًا لِأُمَّتِهِ.

[١١٣٥٦] (قَوْلُهُ: بِخِلَافٍ عَكْسِهِ) هُوَ مَا إِذَا فُرِضَتْ بِنْتُ الزَّوْجِ أَوْ أُمُّ الزَّوْجِ أَوْ الْأُمَةُ ذَكَرًا، حَيْثُ [٣/٣١٤] تَحْرُمُ الْأُخْرَى؛ لِأَنَّهُ فِي الْأَوَّلَى يَصِيرُ ابْنُ الزَّوْجِ فَلَا تَحِلُّ لَهُ مَوْطُوءَةُ أَبِيهِ، وَفِي الثَّانِيَةِ يَصِيرُ أَبَا الزَّوْجِ فَلَا تَحِلُّ لَهُ امْرَأَةُ ابْنِهِ، وَفِي الثَّلَاثَةِ يَصِيرُ عَبْدًا فَلَا تَحِلُّ لَهُ سَيِّدَتُهُ.

[١١٣٥٧] (قَوْلُهُ: وَإِنْ تَزَوَّجَ لِحَ) قَيْدٌ بِالتَّزَوُّجِ لِأَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى أَخْتَ أُمَّتِهِ الْمَوْطُوءَةَ جَازَ

(١) فِي "و": (وَأُمَةٍ).

(٢) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ١٥٥ ق/ب.

(٣) فِي "الأصل": ((الثَّانِيَةِ)) بَدَلَ ((الثَّلَاثَةِ)).

(حتى يُحرّم) حِلَّ استمتاع (إحداهما عليه) بسبب ما.....

له وطء الأولى، وليس له وطء الثانية ما لم يُحرّم الأولى على نفسه، ولو وطئها أئِم، ثم لا يَحِلُّ له وطء واحدةٍ منهما حتى يُحرّم الأخرى، ويكون النكاح صحيحاً؛ لأنّه لو كان فاسداً لا تحرّم عليه الموطوءة ما لم يدخل بالمنكوحة لوجود الجمع حقيقةً. وأطلق في الأخت المتزوجة فشمل الحرّة والأمة، وأطلق في الأمّة فشمل أم الولد، وفيدّ بكونها موطوءة لأنّ بدونه يجوز^(١) له وطء المنكوحة كما يأتي^(٢)؛ لأنّ المرقوفة ليست بموطوءة حكماً، فلم يصير جامعاً بينهما وطئاً لا حقيقة ولا حكماً، وأشار إلى أنّه لو لم يدخل بالمنكوحة حتى اشترى أختها لا يَطأ المشتراة؛ لأنّ المنكوحة موطوءة حكماً، كذا أفاده في "البحر"^(٣). وأراد بأخت الأمّة من ليس بينهما جزئية احترازاً عن أمّها أو بنتها؛ لأنّ وطء إحداهما يُحرّم الأخرى أبداً.

[١١٣٥٨] (قوله: حتى يُحرّم) أي: على نفسه كما وقع في عبارتهم، والمتبادر منه أنّه بالضمّ والتشديد من المزيد، ويُعلم منه دلالة حكم الحرمة بدون فعله كموت إحداهما أو ردّها لحصول المقصود، ولو قرئ بالفتح والتخفيف صحّ وشمل ذلك منطوقاً، ولكنّه غير لازم لما علمت، فافهم.

[١١٣٥٩] (قوله: حلّ استمتاع) من إضافة الضمّة إلى الموصوف، أي: يُحرّم الاستمتاع الحلال، أفاده "ط"^(٤). أو الإضافة بياناً، أي: يُحرّم شيئاً حلالاً هو استمتاع، أفاده "الرحمي"، وبه اندفع أنّ الحِلَّ والحرمة من صفات فعل المكلّف كالاستمتاع، فلا يصحّ وصف أحدهما بالآخر، فافهم.

[١١٣٦٠] (قوله: بسبب ما) فتحريم المنكوحة بالطلاق والخلع والرّدّة مع انقضاء العدة،

(قوله: ولكنّه غير لازم لما علمت) أي غير متعيّن لما علمت من دخول ما إذا كانت الحرمة بدون فعله بطريق الدلالة.

(١) في "ت": ((لا يجوز))، وهو خطأ.

(٢) "در" ص ٣٦٦-١.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الحرّمات ١٠٢/٣.

(٤) "ط": كتاب النكاح - فصل في الحرّمات ١٩/٢.

لأنَّ للعقد حكمَ الوطءِ، حتَّى لو نكحَ مشرقيٌّ مغربيَّةً يَثْبُتُ نسبُ أولادِها منه
لثبوتِ الوطءِ حكماً.....

"فهستاني" (١). والمملوكةُ يَبِيعُها كلاً أو بعضاً (٢)، وإعتاقُها كذلك، وهبتها مع التسليم، وكتابتها، وتزويجها بنكاحٍ صحيحٍ بخلافِ الفاسد، إلّا إذا دَخَلَ بها الزَّوْجُ فإنَّها لوجوبِ العِدَّةِ عليها منه تَحَرَّمَ على المالكِ، فَتَحَلَّ له حينئذٍ المنكوحةُ، ولا يُؤْتَرُ الإحرامُ، والحِضُّ، والنَّفاسُ، والصَّوْمُ، والرَّهْنُ، والإجارةُ، والتَّديُّرُ؛ لأنَّ فَرْجَها لا يَحْرُمُ بهذه الأسبابِ، "بحر" (٣). قال في "النهر" (٤): ((ولم أرَ في كلامهم ما لو باعها [٣/٣١ق/ب] بَيْعاً فاسداً أو وَهَبَها كذلك وَقُبِضَتْ، والظَّاهِرُ أنَّه يَحِلُّ وطءُ المنكوحةِ)) اهـ، أي: لأنَّ المبيعَ فاسداً يُمْلِكُ بالقَبْضِ، وكذا الموهوبُ فاسداً على المفتى به خلافاً لما صَحَّحَهُ في "العماديَّة" كما سيأتي (٥) في بابهِ إن شاء الله تعالى.

(تنبيه)

قال في "البحر" (٦): ((فإنَّ عادتِ الموطوءةُ إلى مِلْكِهِ بعد الإخراجِ - سواءً كان بفسخٍ أو بشراءٍ جديدٍ - لم يَحِلَّ وطءُ واحدةٍ منهما حتَّى يُحرَّمَ الأُمّةُ على نفسه بسببِ كما كان أولاً)).
[١١٣٦١] (قوله: لأنَّ للعقدِ حكمَ الوطءِ) أوردَ عليه أنَّه لو كان كذلك يجبُ أن لا يصحَّ هذا النِّكاحُ كما قاله بعضُ المالكيَّةِ، وإلّا لَزِمَ أن يصيرَ جامعاً بينهما وطئاً حكماً؛ لأنَّ الوطءَ السَّابِقَ قائمٌ حكماً أيضاً، بدليل أنَّه لو أرادَ يَبِيعُها يُسْتَحَبُّ له استيرازُها، وهذا اللازمُ باطلٌ، فيلزمُ بطلانُ مَلْزومِهِ وهو صِحَّةُ العقدِ. وأجابَ عنه في "الفتح" (٧): ((بأنَّه لازمٌ مُفارقٌ؛ لأنَّ يَدِيهِ إِزَالَتَهُ، فلا يَضُرُّ بالصَّحَّةِ)).

(١) "جامع الرموز": كتاب النكاح ص ٢٧٤.

(٢) في "م": ((أو بعضها))، وهو خطأ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٢/٣.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٥/ب.

(٥) انظر "الدر" عند الموقلة [٢٩١١٨] قوله: ((في "البزازية")).

(٦) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٢/٣.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٢/٢.

ولو لم يكن وَطِئَ الأَمَةُ له وطءُ المنكوحَةِ، ودواعي الوطءِ كالوطءِ، "ابن كمال".
(وإنْ تَزَوَّجَهُمَا معاً) أي: الأختين أو مَنْ بمعناهما (أو بعقدتين ونَسِيَ) النِّكَاحَ
(الأوَّلَ)^(١).....

[١١٣٦٢] (قوله: ولو لم يكن إلخ) محترزُ قوله: ((قد وَطِئَهَا))، "ح"^(٢).
[١١٣٦٣] (قوله: له وطءُ المنكوحَةِ) فإنْ وَطِئَ المنكوحَةَ حَرُمَتِ المملوكَةُ^(٣) حَتَّى يُفَارِقَ
المنكوحَةَ، كذا في "الاختيار"^(٤).
[١١٣٦٤] (قوله: ودواعي الوطءِ كالوطءِ) حَتَّى لو كان قَبْلَ أَمَتِهِ أو مَسَّهَا بشهوةٍ أو هي
فَعَلَتْ به ذلك، ثُمَّ تَزَوَّجَ أختَهَا لا تَحِلُّ له واحدةٌ منهما حَتَّى يُحَرِّمَ الأخرى، "رحمته".
[١١٣٦٥] (قوله: أو مَنْ بمعناهما) هو كُلُّ امرأتين أُبْتِهَمَا فُرِضَتْ ذَكَراً لم تَحِلَّ للأخرى،
"ح"^(٥). ولا حاجة إلى هذه الزيادة للاستغناء عنها بقول "المصنّف" بعد: ((وكذا الحكمُ في كلِّ
ما جَمَعَهُمَا من المحارم))، "ط"^(٦).

[١١٣٦٦] (قوله: ونَسِيَ الأوَّلَ) فلو عَلِمَ فهو الصَّحِيحُ والثَّانِي باطلٌ، وله وطءُ الأوَّلِ
إِلَّا أَنْ يَطَأَ الثَّانِيَةَ فَتَحْرُمَ الأوَّلَى إلى انقضاءِ عِدَّةِ الثَّانِيَةِ، كما لو وَطِئَ أختَ امرَأَتِهِ بشبهةٍ

(قوله: ولا حاجة إلى هذه الزيادة للاستغناء عنها بقول "المصنّف" إلخ) لعلَّ "الشَّارَحَ" أشار
بذِكْرِهَا هنا إلى أَنَّ المناسبَ لـ "المصنّف" ذِكْرُهَا هنا مُراعاةً للاختصار وجميع النِّظَائِرِ مع بعض.

(١) في "د" زيادة: (قوله: ونسي الأول، عبارة "الوقاية": ولم يدر الأوَّل. قال شارحها "ابن كمال باشا": هذا أولى من
قولهم: نسي الأول. انتهى)). ق ١٥٣/أ.

(٢) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٦/أ.

(٣) عبارة "ح": ((حرمت عليه المملوكَة)).

(٤) "الاختيار": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٨٦/٣.

(٥) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٦/أ.

(٦) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٩/٢.

فرَّقَ) القاضي (بينَهُ وبينَهُمَا) ويكونُ طلاقاً (ولهما نصفُ المهر).....

حيث تحرَّم امرأته ما لم تنقُضِ عدَّةُ ذاتِ الشُّبهة، "ح" ^(١) عن "البحر" ^(٢). وقال في "شرح درر البحار" ^(٣): ((قَيِّدَ بالنِّسيانِ إِذَ الرُّوْحُ لو عَيَّنَ إِحْدَاهُمَا بِالْفِعْلِ بِدُخُولِهِ بِهَا أَوْ بَيَانِ أَنَّهَا سَابِقَةُ قُضِيَّ بِنِكَاحِهَا لِتَصَادُقَهُمَا، وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأُخْرَى، وَلَوْ دَخَلَ بِإِحْدَاهُمَا ثُمَّ بَيَّنَّ أَنَّ الْأُخْرَى سَابِقَةُ يُعْتَبَرُ الْبَيَانُ إِذِ الدَّلَالَةُ لَا تُعَارِضُ الصَّرِيحَ)) اهـ. ومثله في "الشُّرْبُلَالِيَّة" ^(٤) عن "شرح المجمع".

[١١٣٦٧] (قوله: فرَّقَ القاضي بينَهُ وبينَهُمَا) يعني: يُفترَضُ عليه أن يُفَارِقَهُمَا، فإن لم يُفَارِقَهُمَا وَجَبَ عَلَى الْقَاضِي - إِنْ عَلِمَ - أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا دَفْعاً لِلْمَعْصِيَةِ، "بحر" ^(٥). لكن في "الفتاوى الهندية" ^(٦) [٣/٣٢٢] عن "شرح الطحاوي": ((وَلَوْ تَزَوَّجَهُمَا فِي عَقْدَتَيْنِ وَلَا يَدْرِي أَيُّهُمَا أَسْبَقُ؟ فَإِنَّهُ يُؤْمَرُ الرُّوْحُ بِالْبَيَانِ، فَإِنْ بَيَّنَّ فَعَلَى مَا بَيَّنَّ، وَإِنْ لَمْ يَبَيَّنْ فَإِنَّهُ لَا يَتَحَرَّى فِي ذَلِكَ، وَيُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا)) اهـ "ح" ^(٧).

قلت: لا منافاة بينهما؛ لأنَّ بيان الرُّوْحِ مبنيٌّ عَلَى عِلْمِهِ بِالسَّبْقِ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ^(٨) عَنْ "شرح الدرر"، ولقوله: ((لَا يَتَحَرَّى))، تأمل. وفي "النَّهْر" ^(٩): ((وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَعْنَى التَّفْرِيقِ مِنَ الرُّوْحِ أَنَّهُ يُطَلَّقُهُمَا، وَلَمْ أَرَهُ)) اهـ.

[١١٣٦٨] (قوله: ويكونُ طلاقاً) أي: تَفْرِيقُ الْقَاضِي الْمَذْكُورُ، وَظَاهِرُ كَلَامِ "الْفَتْح" ^(١٠)

(١) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٦/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٣/٣.

(٣) "شرح درر البحار": كتاب النكاح - ذكر المحرمات ق ١٩١/ب لكن عبارته: ((قَيِّدَ بِالْجَهْلِ)) بدل ((بِالنِّسيانِ)).

(٤) "الشُّرْبُلَالِيَّة": كتاب النكاح ٣٣١/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٣/٣ بتصرف.

(٦) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب الثالث في بيان المحرمات - القسم الرابع: المحرمات بالجمع ٢٧٨/١.

(٧) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٦/أ.

(٨) المقولة [١١٣٦٦] قوله: ((وَنَسِيَ الْأَوَّلَ)).

(٩) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٥/ب.

(١٠) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٣/٣.

يعني: في مسألة النسيان؛ إذ الحكمُ في تزوّجهما معاً البطْلانُ وعدمُ وجوبِ المهرِ إلاّ بالوطءِ كما في عامّةِ الكتب، فتنبّه.....

أنّه بحث منه، فإنه قال: ((والظاهر أنّه طلاق، حتّى ينقُصُ من^(١) طلاق كل منهما طلقاً لو تزوّجها بعد ذلك))، وأقرّه في "البحر"^(٢) و"النهر"^(٣)، ويؤيده أن "الزيلعي"^(٤) عبّر عن التفريق المذكور بالطلاق، وكذا قال "الإتقاني" في "غاية البيان": ((وتفريق القاضي كالطلاق من الزوج))، ثم قال في "الفتح"^(٥): ((فإن وقع التفريق قبل الدخول فله أن يتزوج أيّهما شاء^(٦) للحال، وإن بعده فليس له التزوج بواحدةٍ منهما حتّى تنقضي عدّتهما، وإن انقضت عدّة إحداهما دون الأخرى فله تزوجُ التي لم تنقُضِ عدّتها دون الأخرى كيلا يصيرَ جامعاً، وإن وقع بعد الدخول بإحداهما فله أن يتزوجها في الحال دون الأخرى، فإنّ عدّتها تمنع من تزوج أختها)) اهـ.

[١١٣٦٩] (قوله: يعني: في مسألة النسيان) تقييد لقوله: ((ويكون طلاقاً))، ولقول "المصنّف": ((ولهما نصف المهر))؛ إذ التفريق في الباطل لا يكون طلاقاً، فافهم.

[١١٣٧٠] (قوله: إذ الحكم إلخ) بيان للفرق بين المسألتين، وذلك أنّ في مسألة النسيان صحّ نكاح السابقة دون اللاحقة، وتعيّن التفريق بينهما للجهل، والتي صحّ نكاحها يجب لها نصف المهر بالتفريق قبل الدخول، ولما جهلت وجب لهما، أمّا في مسألة تزوّجهما معاً في عقد واحد فالباطل نكاح كل منهما يقيناً، فإذا كان التفريق قبل الدخول فلا مهر لهما ولا عدّة عليهما، وإن دخل بهما وجب لكل الأقل من المسمّى ومن مهر المثل كما هو حكم النكاح الفاسد، وعليهما العدة، "بحر"^(٧). قال: ((وقيد بطلانهما في "المحيط" بأن لا تكون إحداهما مشغولةً بنكاح

(١) (من) ساقطة من "٣".

(٢) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الحرّات ١٠٣/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٥/ب.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - فصل في الحرّات ١٠٤/٢ - ١٠٥.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الحرّات ١٢٤/٣.

(٦) (شاء) ساقطة من "٣".

(٧) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الحرّات ١٠٣/٣.

وهذا (إن كان مهرهما^(١) متساويين) قَدْرًا وجنسًا (وهو مُسمًى في العقد، وكانت الفرقة قبل الدُّخُولِ) وادَّعى كلُّ منهما أنها الأولى ولا بَيِّنَةٌ لهما،.....

الغير أو عِدَّتِهِ، فإن كانت كذلك صَحَّ نكاحُ الفارغة؛ لعدم تحقُّق الجمع بينهما، كما لو تزَوَّجَت امرأةٌ زوجين في عقدٍ واحدٍ وأحدهما متزوِّجٌ بأربع نسوةٍ فإنها تكونُ زوجةً للآخر؛ لأنَّهُ لم يتحقَّقَ الجمعُ بين رجلين إذا كانت هي لا تحِلُّ لأحدهما) اهـ.

[١١٣٧١] (قوله: وهذا) أي: [٣/٣٢٣ب] وجوبُ نصف المهر لهما في مسألة النِّسَانِ.

[١١٣٧٢] (قوله: متساويين قَدْرًا وجنسًا) كما إذا كان كلُّ منهما ألفَ درهمٍ، "ح"^(٢).

[١١٣٧٣] (قوله: وهو مُسمًى) الضَّميرُ راجعٌ إلى المهرين بتأويلِ المذكور، "ح"^(٣).

[١١٣٧٤] (قوله: وادَّعى كلُّ منهما أنها الأولى) أمَّا إذا قالتا: لا ندري أيُّ النكاحين أوَّلُ؟ لا يُقضى لهما بشيءٍ - لأنَّ المقضيَّ له مجهولٌ، وهو يَمْنَعُ صحَّةَ القضاء، كمن قال لرجلين: لأحدهما عليّ ألفٌ لا يُقضى لأحدهما بشيءٍ - إلَّا أن يَصْطِلِحَا، بأن يَتَّفِقَا على أخذِ نصفِ المهر، فيُقضى لهما به، وهذا القيدُ - أي: دعوى كلِّ منهما - زائدةٌ أبو جعفر الهندواني^(٤)، وظاهرُ "الهداية"^(٥) تضعيفُهُ، لكنَّه حسنٌ، "بجر"^(٦)، وتأمُّه فيه.

[١١٣٧٥] (قوله: ولا بَيِّنَةٌ لهما) مثله ما لو كان لكلٍّ منهما بَيِّنَةٌ على السَّبْقِ كما في "الفتح"^(٧)

(قوله: مثله ما لو كان لكلٍّ منهما بَيِّنَةٌ إلخ) الظاهرُ أنه يُشْطَرُ أيضًا عدمُ نُكُولِهِ عند عدمِ البَيِّنَةِ.

(١) في "ط": ((مهرهما)).

(٢) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٦/أ.

(٣) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٦/أ.

(٤) في "د" زيادة: ((فتاوى هندية)). ق ١٥٣/أ.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في بيان المحرمات ١٩٢/١.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٤/٣.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٤/٣.

فإن اختلف مهرهما فإن عُلِمَا فلكل ربع مهرها، وإلا فلكل نصف أقل المسميين..

وغیره، أي: لتهاترهما، قال "ح" ^(١): ((فلو أقامت إحداهما البيّنة على السبق فنكاحها هو الصحيح، والثاني باطل نظير ما قدّمنا في قوله: ونسي الأول)).

[١١٣٧٦] (قوله: فإن اختلف مهرهما) محتزّ قوله: ((متساوين قدرًا وجنسًا))، وهو صادق باختلافهما قدرًا فقط كأن يكون مهر إحداهما وزن ألف درهم من الفضة والأخرى وزن ألفين منها، وجنسًا فقط كأن يكون مهر إحداهما وزن ألف درهم من الفضة والأخرى وزن ألف درهم من الذهب، وقدرًا وجنسًا كأن يكون مهر إحداهما وزن ألف درهم من الفضة والأخرى وزن ألفي درهم ^(٢) من الذهب.

[١١٣٧٧] (قوله: فإن عُلِمَا إلخ) اعلم أنّ هذا التفصيل مأخوذ من "الدرر" ^(٣)، واعترضه "محشوه" ^(٤): ((بأنه لم يوجد لغيره، والذي وجد في أكثر الكتب أنّ المسمى لهما إن كان مختلفًا يقضى لكل واحدة منهما ربع مهرها المسمى، والذي وجد في بعضها أنه يقضى لهما بالأقل نصف المهرين المسميين، فلو كان مهر إحداهما مائة درهم والأخرى ثمانين يقضى على القول الأول للأولى بخمسة وعشرين درهمًا وللثانية بعشرين، وعلى الثاني بنصف أقل المهرين المسميين - وهو أربعون - ثم ينصف بينهما، فيكون لكل منهما عشرون درهمًا))، كذا في "حاشيته" لـ "نوح أفندي". وفي "شرح" للشيخ "إسماعيل": ((أن الاحتياط الثاني، وهو الموجود في "الكافي" ^(٥) و"الكفاية" ^(٦) مغللاً بأن فيه يقيًا)).

٢٨٦/٢

والظاهر: أنّ المصنف - أي: صاحب "الدرر" - أراد أن يوفق بين القولين بأن الأول فيما إذا كان ما سُمّي لكل واحدة منهما بعينها (٣/٣٣ق/أ) معلوماً كالخمسائة لفاطمة والألف لزاهدة،

(١) "ح": كتاب النكاح - فصل في الحرمت ١٥٦/أ.

(٢) ((من الفضة والأخرى وزن ألفي درهم)) ساقط من "الأصل".

(٣) "الدرر": كتاب النكاح ٣٣١/١.

(٤) انظر "الشرنبلالية": كتاب النكاح ٣٣٢/١ (هامش "الدرر والغر").

(٥) "الكافي": كتاب النكاح - فصل في بيان الحرمت ١٠٣/أ.

(٦) "الكفاية": كتاب النكاح - فصل في الحرمت ١٢٣/٣-١٢٤ (ذيل "فتح القدير").

(وإن لم يكن مُسمًى فالواجب متعة واحدة لهما) بدل نصف المهر (وإن كانت الفرقة بعد الدخول).....

والثاني فيما إذا لم يكن معلوماً كذلك، بأن يَعْلَمَ أَنَّهُ سَمَّى لواحدةٍ منهما خمسمائةً وللاُخرى ألفاً إلا أَنَّهُ نَسِيَ تعيينَ كلٍّ منهما، لكنَّ سياقَ ما في "الكافي" ^(١) و"الكفاية" ^(٢) لا يُؤدِّي انحصارُهُ في ذلك، ولذا قيل: لو حِيلَ على اختلافِ الروايةِ كان أولى.

إذا تقررَ ذلك علمتَ أَنَّ قول "الشَّارح" تبعاً لـ "الدُّرر": ((وإلاَّ فلكلَّ نصفُ أقلِّ المُسمَّينِ)) غيرُ صحيحٍ كما بَيَّنَّه عليه في "الشُّرُئِلَالِيَّة" ^(٣) وغيرها؛ لاقتضائِهِ أَنَّهُ تَأْخُذُ ^(٤) مهراً كاملاً مع أَنَّ الواجبَ عليه نصفُ مهرٍ، فالصوابُ ما في بعضِ نسخِ الشَّرح، وهو: ((وإلاَّ فنصفُ أقلِّ المُسمَّينِ لهما))، وهذا بناءٌ على ما في "الدُّرر" من التَّوفيقِ، وقد علمتَ ما فيه.

[١١٣٧٨] (قوله: وإن لم يكن مُسمًى) أي: وإن لم يكن واحدٌ من المهرين مُسمًى فالواجبُ

(قوله: لكنَّ سياقَ ما في "الكافي" و"الكفاية" لا يُؤدِّي إلخ) حيثُ كان ما في أكثرِ الكُتب موضوعُهُ ما إذا كان المُسمَّى لكلٍّ منهما معلوماً - لعدم تَأْتِي إيجابِ رُبْعِ المهرِ المُسمَّى لكلٍّ إلّا مع العلم - لا يكونُ شاملاً لِمَا إذا لم يَعْلَمْ بل يكونُ مسكوتاً عنه في هذه العبارة، والذي وَجَدَ في بعضها شاملاً لِمَا إذا عُلِمَ المُسمَّى لكلٍّ أو لا، لكن حيثُ وَجَدَ النصُّ صراحةً على حكمٍ ما إذا عُلِمَا - وهو الوجودُ في أكثرِ الكُتب - يَقِيْدُ ما في بعضها بما إذا لم يَعْلَمَا جمعاً بينِ العبارتين، وتقيداً لِمَا وَجَدَ في بعضِ الكُتب بما وَجَدَ في أكثرها، وما ذُكِرَ أولى بالاعتبار من مُجردِ مراعاةِ ما يُفيدُهُ السِّياقُ، وكم لذلك من نظيرٍ.

(قوله: وإن لم يكن واحدٌ من المهرين مُسمًى فالواجبُ متعة) لهما بالسَّوِيَّةِ إن استويا، وإلاَّ فينبغي أن يَجِبَ لكلٍّ واحدةٍ منهما نصفُ متعةٍ تستحقُّها بناءً على أَنَّ المعتبرَ في المتعة حالُهُ أو حالُ الزَّوجينِ وهو الصَّحيحُ، من "السُّنْدِيَّ".

(١) "الكافي": كتاب النكاح - فصل في بيان المحرمات ق ١/١٠٣.

(٢) "الكفاية": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٣/٣ - ١٢٤ (ذيل "فتح القدير").

(٣) "الشُّرُئِلَالِيَّة": كتاب النكاح ٣٣١/١ (هامش "الدُّرر" والغرر).

(٤) في "أ" و"م": ((تأخذ)).

وَجَبَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مَهْرٌ كَامِلٌ لِتَقَرُّرِهِ بِالدُّخُولِ،.....

مُتَعَةً، وَإِذَا سَمِيَ لِإِحْدَاهُمَا دُونَ الْآخَرَى فَلِمَنْ لَهَا الْمُسَمَّى أَخَذَ رَبْعَهُ، وَالَّتِي لَمْ يُسَمَّ لَهَا تَأْخُذُ نِصْفَ الْمُتَعَةِ، "ح" ^(١)، وَمِثْلُهُ فِي "شرح الشيخ إسماعيل".

[١١٣٧٩] (قوله: وَجَبَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مَهْرٌ كَامِلٌ) قَالَ فِي "الفتح" ^(٢): ((فَلَوْ كَانَ التَّفْرِيقُ بَعْدَ الدُّخُولِ وَجَبَ لِكُلِّ مِنْهُمَا مَهْرُهَا كَامِلًا، وَفِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ يُقْضَى بِمَهْرٍ كَامِلٍ وَعَقْرِ كَامِلٍ، وَيَجِبُ حَمْلُهُ عَلَى مَا إِذَا اتَّحَدَ الْمُسَمَّى لِمَا قَدَرًا وَجَنَسًا، أَمَّا إِذَا اخْتَلَفَا فَيَتَعَدَّرُ بِإِحْبَابِ عَقْرِ؛ إِذْ لَيْسَتْ إِحْدَاهُمَا أُولَى بِجَعْلِهَا ذَاتَ الْعَقْرِ مِنَ الْآخَرَى؛ لِأَنَّهُ فَرَعُ الْحُكْمِ بِأَنَّهَا الْمُطَوَّعَةُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ، هَذَا مَعَ أَنَّ الْفَاسِدَ لَيْسَ حَكْمُ الْوَطْءِ فِيهِ - إِذَا سُمِّيَ فِيهِ - الْعَقَرُ بَلِ الْأَقْلُ مِنَ الْمُسَمَّى وَمِهْرُ الْمِثْلِ)) اهـ. وَمِثْلُهُ فِي "البحر" ^(٣) سَوَى قَوْلِهِ: ((مَعَ أَنَّ الْفَاسِدَ إِنْ)).

وَالظَّاهِرُ: أَنَّ صَاحِبَ "الفتح" ^(٤) عَيَّرَ أَوَّلًا: بِأَنَّهُ يَجِبُ لِكُلِّ مَهْرٌ كَامِلٌ، ثُمَّ بِالْعَقْرِ تَبَعًا لِمَا وَقَعَ فِي كَلَامٍ غَيْرِهِ، ثُمَّ حَقَّقَ: أَنَّ الْوَاجِبَ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ بَعْدَ الْوَطْءِ هُوَ الْأَقْلُ مِنَ الْمُسَمَّى وَمِهْرُ الْمِثْلِ، فَعَلِمَ أَنَّهُ الْمَرَادُ بِالْعَقْرِ، وَفِي "المغرب" ^(٥): ((الْعَقَرُ: صَدَاقُ الْمَرْأَةِ إِذَا وَطِئَتْ بِشَبْهَةٍ)) اهـ.

(قوله: يُقْضَى بِمَهْرٍ كَامِلٍ وَعَقْرِ كَامِلٍ إِنْ) عَطَفَ تَفْسِيرَ، وَبَعَارَةً "البحر": ((لَوْ كَانَتْ الْفُرْقَةُ بَعْدَ الدُّخُولِ يَجِبُ لِكُلِّ الْمَهْرُ كَامِلًا؛ لِأَنَّهُ اسْتَقَرَّ بِالدُّخُولِ فَلَا يَسْقُطُ مِنْهُ شَيْءٌ مَعَ أَنَّهُ مُشْكِلٌ، أَيْ: بِإِحْبَابِ مِهْرٍ كَامِلٍ لِكُلِّ، بَلْ إِذَا كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ فَإِنَّهُ يُقْضَى بِمَهْرٍ كَامِلٍ وَعَقْرِ كَامِلٍ، وَيَجِبُ حَمْلُهُ إِنْ)) اهـ. فَالظَّاهِرُ أَنَّ الْمَرَادَ يَقُولُ "الفتح": ((وَفِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ إِنْ)) مَنَاقِشَةُ قَوْلِهِمْ: وَجَبَ لِكُلِّ مِنْهُمَا مَهْرُهَا كَامِلًا، ثُمَّ حَقَّقَ أَنَّ الْوَاجِبَ هُنَا الْأَقْلُ مِنَ الْمُسَمَّى وَمِهْرُ الْمِثْلِ.

(١) "ح": كتاب النكاح - فصل في الحرمان ق ١٥٦/ب.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الحرمان ١٢٤/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الحرمان ١٠٤/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الحرمان ١٢٤/٣.

(٥) "المغرب": مادة (عقر)).

ولا يخفى أنَّ الوطاء في النكاح الفاسد^(١) وطءٌ بشبهة، وقد صرَّحَ في "الكنز"^(٢) وغيره: ((بأنَّ الواجب في النكاح الفاسد الأقلُّ من المسمَّى ومهرِ المثل))، فعُلِمَ أنَّ اقتصار "البحر"^(٣) على التعبيرِ بالعقرِ صحيحٌ، فافهم.

والحاصل: أنك قد علمت أنَّ أحد النكاحين في مسألة النسيانِ صحيحٌ والآخرُ فاسدٌ، وبعدَ الدُّخُولِ يَجِبُ في الصَّحِيحِ المسمَّى وفي الفاسدِ العقرُ، أي: الأقلُّ من [٣/٣٣ق/ب] المسمَّى ومهرِ المثل، وحيث لم تُعَلِّمْ صاحبة الصَّحِيحِ من الفاسدِ يُقَسَّمُ المهرانِ بالوصفِ المذكورِ بينهما، فيكونُ لكلٍّ واحدةٌ مهرٌ كاملٌ.

ثمَّ اعلم أنَّ الصُّورَ أربعَ: لأنَّه إمَّا أن يَتَّحِدَ المسمَّى لهما أو يَخْتَلِفَ، وعلى كلِّ إمَّا أن يَتَّحِدَ مهرٌ مثلُهما أيضاً أو يَخْتَلِفَ:

فإن اتَّحَدَ المسمَّيانِ والمهرانِ فلا شبهة في أنَّه يَجِبُ لكلٍّ منهما مهرٌها كاملاً. وأما إذا اتَّحَدَ المسمَّيانِ واخْتَلَفَ المهرانِ - كأن سَمَّى لهنَّ مائةً ومهرٌ مثلُهما تسعون، ولأختيها دعدٍ^(٤) مائةً أيضاً ومهرٌ مثلُهما ثمانون - فالواجبُ لذاتِ النكاحِ الصَّحِيحِ المسمَّى وهو مائةٌ، ولذاتِ الفاسدِ العقرُ، وهو مُرَدَّدٌ هنا بين التسعين والثمانين، ويتعذَّرُ بإيجابِ أحدهما؛ إذ ليست إحداهما أولى بكونها ذاتِ العقرِ، فلذا قَيِّدَ "المَحْشِيُّ" قولَ "الفتح"^(٥): ((ويجبُ حمْلُهُ - أي: حملٌ وجوبِ المهرِ كاملاً لكلٍّ منهما - على ما إذا اتَّحَدَ المسمَّى لهما)) بما إذا اتَّحَدَ مهرٌ مثلُهما أيضاً.

(١) من ((وطئت)) إلى ((الفاسد)) ساقط من "٣".

(٢) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٦/١ بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٤/٣.

(٤) ((دعد)) ليست في "الأصل".

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٤/٣.

وأما قول "الفتح": ((وأما إذا اختلفا - أي: المسميان - فیتَعَذَّرُ إيجابُ العُقْرِ)) ففي إطلاقه نظر؛ لأنه ظاهرٌ فيما إذا اختلفَ المهران أيضاً، كأن سَمِيَ لهنّ مائةٌ ومهرٌ مثلها ثمانون، ولذُعِدَ تسعين ومهرٌ مثلها ستون مثلاً، فهنا تَعَذَّرَ إيجابُ العُقْرِ، وتَعَذَّرَ أيضاً إيجابُ المَسْمَى؛ لأنَّ إحداهما ليست بأولى من الأخرى بكونها ذات النكاح الصحيح أو ذات النكاح الفاسد حتى نوجبَ لهما أحدَ المسمينَ بعينه وأحدَ العقرين بعينه؛ لاختلافِ كلِّ منهما.

وأما إذا اختلفَ المسميان واتَّحدَ المهران - كأن سَمِيَ لهنّ مائةٌ ولذُعِدَ تسعين ومهرٌ مثل كلِّ منهما ثمانون - فلا يَتَعَذَّرُ إيجابُ العُقْرِ؛ لأنه ثمانون على كلِّ حال، سواء كانت ذات النكاح الفاسد هنداً أو دعداء، بل يَتَعَذَّرُ إيجابُ المَسْمَى. ثمَّ إنَّه لم يُعَلِّمْ من كلام "الفتح" (١) الحكمُ في هذه الصُّورِ الثلاث، وقال "ط" (٢): ((والظاهرُ أنَّه عند تَعَذُّرِ إيجابِ العُقْرِ يجبُ لكلِّ الأقلِّ من المَسْمَى ومهرٌ مثلها)).

قلت: وفيه نظر؛ لأنَّ ذلك تنقيصٌ لحقهما وتركٌ لبعض المُتَيَقِّنِ؛ إذ لا شكَّ أنَّ فيهما ذات نكاحٍ صحيحٍ ولها المَسْمَى كاملاً، ولا سِيَّما إذا اتَّحدَ المسميان، على أنَّه لم يُعَلِّمْ منه حكمٌ ما إذا لم يَتَعَذَّرْ إيجابُ العُقْرِ، بل الذي يظهرُ ما قرَّره شيخنا حفظه الله تعالى، وهو أنَّه حيث جُهِلَ ذاتُ الصحيحِ منهما وذاتُ الفاسد، وكان لإحداهما المَسْمَى وللأخرى العُقْرُ

(قوله: وأما قول "الفتح" (إخ) لا يُناسبُ التعبيرُ بقوله: ((وأما))؛ لعدم تقدُّم ما يقابلها في كلامه إلا أن يُجعلَ مقابلها مخدوفاً معلوماً ممَّا سبق، فكأنه قال: فقول "الفتح": ((ويجب حملُه إخ)) صحيحٌ لا نظَرَ فيه بعد تقييده بما إذا اتَّحدَ مهرٌ مثلها، وأما إخ.

(قوله: فلا يَتَعَذَّرُ إيجابُ العُقْرِ؛ لأنه إخ) فيه أنَّ مرادَّ "الفتح" بتَعَذُّرِ إيجابِ العُقْرِ تَعَذُّره من حيثُ تعيُّنه لإحداهما لا مجردُ تَعَذُّرِ تقديره، كما يدلُّ عليه قوله: ((إذ ليست إحداهما إخ))

(١) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٢٤/٣.

(٢) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٢٠/٢.

ومنه يُعَلَّمُ حَكْمُ دُخُولِهِ بِوَاحِدَةٍ. (وكذا الحَكْمُ فِيمَا جَمَعَهُمَا مِنَ الْمَحَارِمِ) فِي نِكَاحِ.

أَنْ يَأْخُذَ^(١) الْمُتَيَقَّنَ وَيَقْتَسِمَانِهِ بَيْنَهُمَا فِي الصُّورِ الْأَرْبَعِ، فَإِذَا اتَّحَدَ كُلُّ مِنَ الْمُسَمَّيْنِ وَالْمَهْرَيْنِ يُعْطَيَانِ أَحَدَ الْمُسَمَّيْنِ [٣/٣٤ق]، وَأَحَدَ الْمَهْرَيْنِ، وَإِذَا اتَّحَدَ الْأَوَّلَانِ فَقَطْ يُعْطَيَانِ أَحَدَ الْمُسَمَّيْنِ وَأَقْلَ الْمَهْرَيْنِ، وَإِذَا اخْتَلَفَ الْأَوَّلَانِ فَقَطْ يُعْطَيَانِ أَقْلَ الْمُسَمَّيْنِ وَأَحَدَ الْمَهْرَيْنِ، وَإِذَا اخْتَلَفَ الْأَوَّلَانِ وَالْأَخِيرَانِ يُعْطَيَانِ أَقْلَ الْمُسَمَّيْنِ وَأَقْلَ الْمَهْرَيْنِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

[١١٣٨٠] (قَوْلُهُ: وَمِنْهُ يُعَلَّمُ حَكْمُ دُخُولِهِ بِوَاحِدَةٍ) يَعْنِي: أَنَّ الْمُدْخُولَ بِهَا يَجِبُ لَهَا نِصْفُ الْمُسَمَّى وَنِصْفُ الْأَقْلُ مِنْ مَهْرِ الْمَثَلِ وَالْمُسَمَّى؛ لِأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ سَابِقَةً وَجَبَ لَهَا جَمِيعُ الْمُسَمَّى، وَإِنْ كَانَتْ مُتَأَخِّرَةً وَجَبَ لَهَا الْأَقْلُ مِنْ مَهْرِ الْمَثَلِ وَالْمُسَمَّى، فَتَأْخُذُ نِصْفَ كُلِّ مِنْهُمَا، وَغَيْرُ الْمُدْخُولِ بِهَا يَجِبُ لَهَا رُبْعُ الْمُسَمَّى؛ لِأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ سَابِقَةً وَجَبَ لَهَا نِصْفُ الْمُسَمَّى، وَإِنْ كَانَتْ مُتَأَخِّرَةً لَا يَجِبُ لَهَا شَيْءٌ، فَيَنْتَصِفُ النَّصْفُ. اهـ "ح" (٢).

قلت: وهذا الذي ذَكَرَهُ "الشَّارْحُ" مَأْخُوذٌ مِنْ "الشَّرْهْ نَبْلَالِيَّة" (٣)، وَيَجِبُ تَقْيِيدُهُ بِمَا إِذَا دَخَلَ بِإِحْدَاهُمَا مَعَ إِقْرَارِهِ بِأَنَّهُ لَا يُعَلَّمُ أَتَاهُمَا أَسْبَقُ نِكَاحًا؟ أَمَّا لَوْ دَخَلَ بِإِحْدَاهُمَا عَلَى وَجْهِ الْبَيَانِ فَإِنَّهُ يُقْضَى بِنِكَاحِهَا كَمَا قَدْ مَنَاهُ^(٤) عَنْ "شرح درر البحار" وغيره، وَحِينَئِذٍ يَجِبُ لَهَا جَمِيعُ الْمُسَمَّى لَهَا، وَتُفَرَّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأُخْرَى، وَلَا شَيْءَ لَهَا؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهَا مُتَأَخِّرَةٌ، فَيَكُونُ نِكَاحُهَا بَاطِلًا، وَقَدْ مَرَّ أَنَّ الْبَاطِلَ لَا يَجِبُ فِيهِ الْمَهْرُ إِلَّا بِالْمُدْخُولِ.

[١١٣٨١] (قَوْلُهُ: وَكَذَا (إِلْح) الْأَحْسَنُ قَوْلُ "الرَّيْلَعِي" (٥)): ((وَكُلُّ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَحْكَامِ بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ فَهُوَ الْحَكْمُ بَيْنَ كُلِّ مَنْ لَا يَجُوزُ جَمْعُهُ مِنَ الْمَحَارِمِ)).

(١) فِي "الْأَصْلَ" وَ"٣": ((يَأْخُذُ)).

(٢) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ق ١٥٦/ب.

(٣) "الشَّرْهْ نَبْلَالِيَّة": كِتَابُ النِّكَاحِ ٣٣١/١ (هَامِشُ "الدَّرَرُ وَالْغَرَرُ").

(٤) الْمَقُولَةُ [١١٣٦٦] قَوْلُهُ: ((وَنَسِيَ الْأَوَّلَ)).

(٥) "بَيِّنُ الْحَقَائِقِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ١٠٥/٢.

(و) حَرَّمَ (نكاح) المولى (أُمَتُهُ و) العبد (سَيِّدَتُهُ) لِأَنَّ المملوكِيَّةَ تُنافي المالكِيَّةَ، نعم لو فعَلَهُ المولى احتياطاً كان حسناً،

[١١٣٨٢] (قوله: وَحَرَّمَ نِكَاحَ المولى أُمَتَهُ إلخ) أي: ولو مَلَكَ بَعْضُهَا، وكذا المرأة لو لم تَمْلِكْ سِوَى سَهْمٍ وَاحِدٍ مِنْهُ، "فتح" ^(١). زاد في "الجمهرة" ^(٢): ((وكذا إذا مَلَكَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَةً أَوْ بَعْضَهُ فَسَدَ النِّكَاحُ، وَأَمَّا المَأْذُونُ والمُدْبِرُ إذا اشْتَرَا زَوْجَتَهُمَا لم يَفْسُدِ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَمْلِكَانِهَا بالعقد، وكذا المكاتب؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا بالعقد، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لَهُ فِيهَا حَقُّ المَلِكِ، وكذا قال "أبو حنيفة" فِيمَنْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ وَهُوَ فِيهَا بالخيار: لم يَفْسُدْ نِكَاحُهَا، عَلَى أَصْلِهِ أَنَّ خِيَارَ المَشْتَرِي لَا يُدْخِلُ المَبِيعَ فِي مِلْكِهِ)) اهـ.

[١١٣٨٣] (قوله: لِأَنَّ المملوكِيَّةَ ^(٣) إلخ) عِلَّةٌ لِلْمَسْأَلَتَيْنِ، قال في "الفتح" ^(٤): ((لِأَنَّ النِّكَاحَ مَا شَرَعَ إِلَّا مُثْمَرًا ثَمَرَاتٍ مَشْرُوكَةٍ فِي المَلِكِ بَيْنَ المتناكِحَيْنِ، مِنْهَا مَا تَخْتَصُّ هِيَ بِمِلْكِهِ كَالنَّفَقَةِ والسُّكْنَى والقَسَمِ والمنع من العَزْلِ إِلَّا بِإِذْنٍ، وَمِنْهَا مَا يَخْتَصُّ بِهِ بِمِلْكِهِ [٣/٣ق/٣ب] كَوُجُوبِ التَّمَكُّنِ والقرار في المنزل والتَّحْصِينِ ^(٥) عَنْ غَيْرِهِ، وَمِنْهَا مَا يَكُونُ المَلِكُ فِي كُلِّ مِنْهَا مَشْرُكًا كَالِاسْتِمَاعِ بِمَجَامِعَةٍ ومباشرةً والولَدِ فِي حَقِّ الإِضَافَةِ، والمملوكِيَّةُ تُنافي المَالِكِيَّةَ، فَقَدْ نَافَتْ لَازِمَ عَقْدِ النِّكَاحِ، وَمُنَافِي اللَّازِمِ مُنَافٍ لِلْمُزَوِّمِ، وَبِهِ سَقَطَ مَا قِيلَ: يجوزُ كَوْنُهَا مملوكَةً مِنْ وَجْهِ الرِّقِّ مَالِكَةً مِنْ جِهَةِ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّ الفِرْضَ أَنَّ لَازِمَ النِّكَاحِ يَلِكُ كُلِّ وَاحِدٍ لِمَا ذَكَرْنَا عَلَى الخُلُوصِ، والرِّقُّ يَمْنَعُ)).

[١١٣٨٤] (قوله: نَعَمْ لو فعَلَهُ إلخ) يَشِيرُ إِلَى أَنَّ المَرَادَ بِالْحَرَمَةِ فِي قَوْلِهِ: ((وَحَرَّمَ)) مُطْلَقُ المنع لَا خُصُوصُ مَا يَتَبَادَرُ مِنْهَا مِنَ المنعِ عَلَى وَجْهِ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ الإِثْمُ، وَإِلَّا امْتَنَعَ فَعَلُ الحَرَامِ لِلتَّنَزُّهِ

(١) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الخمرات ١٣٤/٣.

(٢) "الجمهرة النيرة": كتاب النكاح ٧١/٢.

(٣) في "ب": ((لِأَنَّ المملوكِيَّةَ عِلَّةٌ إلخ)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ١٣٤/٣.

(٥) في "ب" و"م": ((التحصين)).

عن أمرٍ موهومٍ في تزوّج السيّد أمتّه، أو المرادُ بها نفْيُ وجودِ العقْدِ الشرعيّ المُثْبِتِ لثمراتِهِ كما يشيرُ إليه ما مرَّ^(١) عن "الفتح"، وهذا معنى ما في "الجوهرة"^(٢)، وكذا في "البحر"^(٣) عن "المضمرات": ((المرادُ بِهِ في أحكامِ النكاحِ من ثبوتِ المهرِ في ذِمّةِ المولى وبقاءِ النكاحِ بعدَ الإعتاقِ ووقوعِ الطلاقِ عليها وغيرِ ذلك، أمّا إذا تزوّجَهَا مُتْرَمّاً عن وطئِها حراماً على سبيلِ الاحتمالِ فهو حسنٌ؛ لاحتمالِ أنْ تكونَ حُرّةً أو مُعتَقّةً الغيرِ أو مخلوقاً عليها بعقِبِها وقد حَبِثَ الحالفُ، وكثيراً ما يقعُ، لا سيّما إذا تداولَتْهَا الأيدي)) اهـ.

مطلبٌ في وطءِ السّراري اللّاتي يُؤخَذُ غنيمةٌ في زماننا

قلت: ولا سيّما السّراري اللّاتي يُؤخَذُ غنيمةٌ في زماننا للتّيَقّنِ بعدمِ قسمةِ الغنيمةِ، فيبقى فيهنَّ حقُّ أصحابِ الخمسِ وبقيةُ الغانمين، وما ذكرَهُ "النّسّارح" في الجهاد^(٤) عن المفسّي "أبي السّعود": ((من أنّه في زمانِهِ وَقَعَ من السّلطانِ التّفنيلِ العامِّ، فبعدَ إعطاءِ الخمسِ لا تبقى شبهةٌ في حِلِّ وطئِهنَّ)) اهـ فهو غيرُ مفيدٍ:

أمّا أولاً فلأنّ التّفنيلَ العامِّ غيرُ صحيحٍ، سواءً شرطَ فيه السّلطانُ أخذَ الخمسِ أو لا؛ لأنّ فيه إبطالَ السّهامِ المقرّرةِ كما نصَّ على ذلك الإمامُ "السّرْحَسِيّ" في "شرح السّير الكبير"^(٥).

وأما ثانياً فلأنّ تفنيلَ سلطانِ زمانِهِ لا يبقى إلى زماننا.

وأما ثالثاً فلأنّه نفَى الشّبهةَ بإعطاءِ الخمسِ، ومن المعلومِ في زماننا أنّ كلّ مَنْ وَصَلَتْ يَدُهُ من العسكرِ إلى شيءٍ يأخُذُهُ ولا يُعْطِي حِمْسَهُ، فينبغي أنْ يكونَ [٣/٣٥٠ق] العقْدُ واجباً إذا عَلِمَ أنّها مأخوذةٌ من الغنيمةِ، ولذا قال بعضُ الشّافعيّةِ^(٦): إنّ وطءَ السّراري اللّاتي

(١) المقولة [١١٣٨٣] قوله: ((لأنّ المملوكيّةُ إلح)).

(٢) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٧٠/٢.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٠٩/٣.

(٤) انظر المقولة [١٩٧٩٠] قوله: ((وقع التّفنيل الكلي)) وما بعدها.

(٥) "شرح السير الكبير": باب النفل وما كان للنبي خالصاً ٦١٥/٢.

(٦) انظر "نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج": كتاب السير - فصل في حكم الأسر وأموال أهل الحرب ٧٢/٨.

وفيه ما لا يخفى في عدم عدّها خامسة ونحوه من عدم الاحتياط^(١). (و) حرّم نكاح (الوثنيّة) بالإجماع (وصحّ نكاح.....)

يُجَلِّينَ الْيَوْمَ مِنَ الرُّومِ وَالْهُنْدِ وَالتُّرْكِ حَرَامًا.

وأما قوله في "الأشباه"^(٢) بعد نقله ذلك عنه في قاعدة: الأصل في الأُبضاع التحريم: ((إنّ هذا ورع لا حكم لازم، فإنّ الجارية المجهولة الحال المرجع فيها إلى صاحب اليد إنّ كانت صغيرة، وإلى إقرارها إنّ كانت كبيرة، وإنّ عُلِمَ حالها فلا إشكال)) اهد فهذا إنّما هو في غير ما عُلِمَ أنّها أُخِذَتْ من الغنيمة، أمّا ما عُلِمَ فيها ذلك ففيها ما ذكرناه، لكن قد يقال: إنّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ بَاعَهَا الْإِمَامُ أَوْ أَحَدٌ مِنَ الْعَسْكَرِ وَأَجَزَ الْإِمَامُ بَيْعَهُ، أمّا بدون ذلك فقد نصّ في "شرح السير الكبير"^(٣) على: ((أنّ بيع الغازي شهمه قبل القسمة باطل كاعتاقه))، لكنّ العقد عليها لا يرفع الشبهة؛ لأنّها إذا كانت غنيمة تكون مشتركة بين الغانين وأصحاب الخمس، فلا يصح تزويجها نفسها، بل الرافع للشبهة شراؤها من وكيل بيت المال أو التصدّق بها على فقير ثمّ شراؤها منه، وسيأتي^(٤) إن شاء الله تعالى تمام تحرير هذه المسألة في الجهاد.

٢٨٨/٢

[١١٣٨٥] (قوله: وفيه إلخ) هذا مأخوذ من "الشّرنبلاية"^(٥)، وقوله: ((ونحوه)) أي: كعدم القسم لها، وعدم إيقاع الطلاق عليها، وعدم ثبوت نسب ولديها بلا دعوى، لكن لا يخفى أنّ الاحتياط في العقد عليها إنّما هو عند احتمال عدم صحّة الملك احتمالاً قوياً ليقع الوطاء حلالاً بلا شبهة، ولا يلزم من العقد عليها لذلك أنّ لا يعدّها على نفسه خامسة ونحوه، بل نقول: ينبغي له الاحتياط في ذلك أيضاً.

[١١٣٨٦] (قوله: وحرّم نكاح الوثنيّة) نسبة إلى عبادة الوثن، وهو ما له جنة - أي: صورة

(١) من ((وفيه)) إلى ((الاحتياط)) ساقط من "و"، وعبارة "د": ((وفيه أنّه لا احتياط في عدم عدّها خامسة ونحوه، تأمّل)).

(٢) "الأشباه والنظائر": الفن الأول - القاعدة الثالثة: اليقين لا يزول بالشك - قاعدة: الأصل في الأُبضاع التحريم ص ٧٧.

(٣) "شرح السير الكبير": باب الشراء فمين يزيد وبيع السهام ١٢١٣/٤.

(٤) المقولة [١٩٧٩١] قوله: ((فبعد إعطاء الخمس لا تبقى شبهة)).

(٥) "الشّرنبلاية": كتاب النكاح ٣٣٣/١ (هامش "الدرر والغرر").

كتابية^(١)

إنسان من خشبٍ أو حجرٍ أو فضةٍ أو جَوْهَرٍ - تُنَحَّتْ، والجمعُ أوثانٌ. والصَّنَمُ: صورةٌ بلا جُثَّةٍ. هكذا فَرَّقَ بينهما كثيرٌ من أهلِ اللُّغَةِ، وقيل: لا فرق، وقيل: يُطْلَقُ الوَثْنُ على غيرِ الصُّورَةِ، كذا في "البنية"^(٢)، "نهر"^(٣). وفي "الفتح"^(٤): ((وَيَدْخُلُ فِي عِبَادَةِ الْأَوْثَانِ عِبَادَةُ الشَّمْسِ وَالنُّجُومِ وَالصُّورِ الَّتِي اسْتَحْسَنُوهَا، وَالْمُعْطَلَةُ، وَالزَّنَادِقَةُ، وَالْبَاطِنِيَّةُ، وَالْإِبَاحِيَّةُ، وَفِي "شرح الوجيز": وكلُّ مذهبٍ يُكْفَرُ به مُعْتَقِدُهُ)) اهـ.

قلت: وشَمِلَ ذلك الدُّرُوزَ والنَّصِيرِيَّةَ والتَّيَامَنَةَ، فلا تَحِلُّ مَنَاسِكُهُمْ، ولا تُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُمْ؛ لأنَّهُمْ ليس لهم كتابٌ سماويٌّ^(٥)، وأفادَ بجرمةِ النِّكَاحِ حرمةَ الوطءِ بملكِ اليمينِ كما يأتي^(٦)، والمرادُ [٣٥ق/ب] الحرمةُ على المسلم؛ لِمَا فِي "الْخَانِيَّة"^(٧): ((وَتَحِلُّ الْخَوْسِيَّةُ وَالْوَثْنِيَّةُ لِكُلِّ كَافِرٍ إِلَّا الْمُرْتَدَّ)). [١١٣٨٧] (قوله: كِتَابِيَّة) أَطْلَقَهُ فَشَمِلَ الْخَرِيبِيَّةَ، وَالذَّمِيَّةَ، وَالْحَرَّةَ، وَالْأُمَّةَ، "ح"^(٨)

(١) في "د" زيادة: ((قوله: وصَحَّ نِكَاحُ كِتَابِيَّةِ الْإِنْسَانِ، قَالَ الشَّيْخُ: وَلَوْ تَزَوَّجَ كِتَابِيَّةٌ عَلَى مُسْلِمَةٍ حَازَ، وَقَسَمَ بَيْنَهُمَا عَلَى السَّوَاءِ، انْتَهَى. قَالَ فِي "الْبَحْرِ": ذَكَرَ الْإِسْبَاحِيُّ أَنَّ لِلْمُسْلِمِ مَنَعَ الذَّمِيَّةَ إِذَا تَزَوَّجَهَا مِنْ الْخُرُوجِ إِلَى الْكِنَاسِ وَالْبَيْعِ، وَلَيْسَ لَهُ إِجْبَارُهَا عَلَى الْغَسْلِ مِنَ الْخِيضِ وَالْجَنَابَةِ. وَفِي "الْخَانِيَّةِ": مِنْ فَصْلِ الْحِزْبَةِ مِنَ السَّيْرِ: مُسْلِمٌ لَهُ امْرَأَةٌ ذَمِيَّةٌ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَهَا عَنْ اتِّخَاذِ الْخَمْرِ فِي الْمَنْزِلِ، انْتَهَى. وَهُوَ مُشْكِلٌ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ حَلَالًا عِنْدَهَا لَكِنْ يَضُرُّهُ. وَلَهُ مَنَعُهَا - كَمَنْعِ الْمُسْلِمَةِ - مِنْ أَكْلِ الثَّوْمِ وَالْبَصْلِ، وَكَذَا قَالَ الْكُرْكِيُّ فِي "الْفَيْضِ" قَبِيلَ بَابِ التَّيْمِمِ: أَنَّ الْمُسْلِمَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ زَوْجَتَهُ الذَّمِيَّةَ عَنْ شَرْبِ الْخَمْرِ كَالْمُسْلِمَةِ مِنْ أَكْلِ الثَّوْمِ وَالْبَصْلِ، وَكَانَ زَوْجُهَا يَكْرَهُ ذَلِكَ، انْتَهَى. وَهَذَا هُوَ الْحَقُّ كَمَا لَا يَخْفَى)). ١٥٣ق/ب.

(٢) "البنية": كتاب النِّكَاح - فصل في المحرمات ٥٤٣/٤ - ٥٤٤.

(٣) "النهر": كتاب النِّكَاح - أسباب الحرمة ١٦٧ق/أ.

(٤) "الفتح": كتاب النِّكَاح - فصل في المحرمات ١٣٧/٣.

(٥) تقول: هذا الحكم غير متعلق بمسمايات الطوائف، فالإسلام مظلة عظيمة تجمع تحتها كلُّ المؤمنين، فكلُّ مَنْ شَهِدَ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ، وَكَانَ مُؤْمِنًا بِاللَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَكُتُبِهِ وَرُسُلِهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْقَدَرِ خَيْرِهِ وَشَرِّهِ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى، وَكَانَ مُعْتَقِدًا فَرَضِيَّةَ الصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ وَالزَّكَاةِ وَالْحَجِّ، وَلَمْ يَظْهَرْ مِنْهُ مَا يَنْقُضُ ذَلِكَ أَوْ يُنْكَارُ لَشَيْءٍ مِمَّا عَلَّمَهُ مِنَ الدِّينِ بِالضَّرُورَةِ تَجَوَّزَ مَنَاسِكَتَهُ وَطَعَامَهُ وَشَرَابَهُ وَغَيْرَ ذَلِكَ، وَتَسْرِي عَلَيْهِ كُلُّ الْأَحْكَامِ الَّتِي يَخَاطَبُ بِهَا الْمُسْلِمُونَ الْمُؤْمِنُونَ، وَالْحُكْمُ عَلَى وَاحِدٍ مِنَ النَّاسِ بِالْكَفْرِ مَبْنِيٌّ عَلَى التَّوَرُّعِ لَا التَّسَرُّعِ، وَاللَّهُ تَعَالَى الْمُوقِفُ لِلصَّوَابِ.

(٦) "در" ص ٥٣ -.

(٧) "الْخَانِيَّة": كتاب النِّكَاح - باب في المحرمات ٣٦٥/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) "ح": كتاب النِّكَاح - فصل في المحرمات ١٥٧ق/أ.

وإن كره تنزيهاً (مؤمنة بنياً) مُرسَلٍ (مُقرَّو بكتاب) مُنزلٍ وإن اعتقدوا المسيح إلهاً، وكذا حِلُّ ذبيحتهم.....

عن "البحر" (١).

[١١٣٨٨] (قوله: وإن كره تنزيهاً) أي: سواء كانت ذميمة أو حريية، فإنَّ صاحب "البحر" (٢) استظهر: ((أنَّ الكراهة في الكتابية الحريية تنزيهة، فالذميمة أولى)) اهـ "ح" (٣).

قلت: علل ذلك في "البحر" (٤): ((بأنَّ التحررية لا بد لها من نهي أو ما في معناها؛ لأنها في رتبة الواجب)) اهـ.

وفيه (٥) أنَّ إطلاقهم الكراهة في الحريية يفيد أنها تحررية والدليل عند المجتهد، على أنَّ التعليل يفيد ذلك، ففي "الفتح" (٦): ((ويجوز تزوُّج الكتابيات، والأولى أن لا يفعل ولا يأكل ذبيحتهم إلا للضرورة، وتكره الكتابية الحريية إجماعاً؛ لافتتاح باب الفتنة من إمكان التعليق المستدعي للمقام معها في دار الحرب وتعريض الولد على التخلُّق بأخلاق أهل الكفر وعلى الرق، بأنَّ تسبى وهي حلي فiolد رقيقاً وإن كان مسلماً)) اهـ.

فقوله: ((والأولى أن لا يفعل)) يفيد كراهة التنزيه في غير الحريية، وما بعده يفيد كراهة التحرير في الحريية، تأمل.

[١١٣٨٩] (قوله: مؤمنة بنياً) تفسير للكتابية لا تقييد، "ح" (٧).

[١١٣٩٠] (قوله: مُقرَّو بكتاب) في "النهر" (٨) عن "الزيلعي" (٩): ((واعلم أنَّ مَنْ اعتقد ديناً سماوياً وله كتاب مُنزل كصُحف إبراهيم وشيث وزبور داود فهو من أهل الكتاب،

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١١/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١١/٣.

(٣) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٧/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١١/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١١/٣.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٧/٣.

(٧) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٧/أ.

(٨) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ١٦٧/١.

(٩) "بين الحقائق": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٥٤٣/٤ - ٥٤٤.

على المذهب، "بحر" وفي "النهر": ((بحوزُ مَنَاحِةِ المعتزلة؛ لأنَّا لا نُكْفِرُ أحداً من أهل القبلة وإن وَقَعَ إلزاماً في المباحث)).....

فتحوزُ مَنَاحِثَهُمْ وأَكُلُ ذَبَائِحَهُمْ)).

[١١٣٩١] (قوله: على المذهب) أي: خلافاً لما في "المستصفى" من تقييدِ الحِلِّ بأن لا يَعتَقِدُوا ذلك، ويؤاَفِقُهُ ما في "مبسوط شيخ الإسلام": ((يجبُ أن لا يأكلوا ذبائحَ أهلِ الكتاب إذا اعتَقَدُوا أنَّ المسيحَ إلهٌ وأنَّ عَزِيراً إلهٌ، ولا يَتَزَوَّجُوا نساءَهُمْ، قيل: وعليه الفتوى، ولكن بالنَّظَرِ إلى الدَّلِيلِ ينبغي أن يَحْوزَ الأَكْلُ والتَّزَوُّجُ)) اهـ.

قال في "البحر"^(١): ((وحاصله: أنَّ المذهبَ الإطلاقي؛ لما ذكره "شمس الأئمة" في "المبسوط"^(٢): من أنَّ ذبيحةَ النَّصْرانيِّ حلالٌ مطلقاً، سواء قال بثالثٍ ثلاثةٍ أو لا؛ لإطلاقِ الكتابِ هنا والدَّلِيلِ، ورَجَّحَهُ في "فتح القدير"^(٣): بأنَّ القائلِ بذلك طائفتان من اليهود والنَّصارى انقَرَضُوا لا كُلَّهُم، مع أنَّ مطلقَ لفظِ [٣/٣٦١] الشُّرْكِ إذا ذُكِرَ في لسانِ الشُّرع لا يَنْصَرِفُ إلى أهلِ الكتاب وإن صَحَّ لغةً في طائفةٍ أو طوائف؛ لما عَهِدَ مِنْ إِرَادَتِهِ بِهِ مَنْ عَبَدَ مع الله تعالى غيرَهُ مَنْ لا يَدَّعي اتِّبَاعَ نبيٍّ وكتابٍ، إلى آخرِ ما ذكرَهُ)) اهـ.

[١١٣٩٢] (قوله: وفي "النهر"^(٤) إلخ) مأخوذٌ من الفتح^(٥) حيث قال: ((وأما المعتزلةُ

(قوله: وإن صَحَّ لغةً في طائفةٍ أو طوائف إلخ) عبارة "الفتح" - عَقَبَ قوله: أو طوائف -: ((وأطلقَ لفظَ الفعل - أعني: يُشْرِكُونَ - على فعلهم، كما أنَّ مَنْ رأى بَعَمَلَهُ من المسلمين فلم يعمل إلا لأجل زيد يصحُّ في حقه: مُشْرِكٌ لغةً، ولا يبادرُ عند إطلاقِ الشَّارعِ لفظَ المُشْرِكِ إِرَادَتَهُ لِمَا عَهِدَ إلخ، تأمل)).

(قوله: مأخوذٌ من "الفتح"؛ حيث قال: وأما المعتزلةُ إلخ) وجعل "الرَّمْلِي" في "حاشية المنح"

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٠/٣ - ١١١.

(٢) "المبسوط": كتاب النكاح ٢١١/٤.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٥/٣ باختصار.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٧/أ.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٨/٣.

فمقتضى الوجه جُلُّ مناكحتهم؛ لأنَّ الحقَّ عدمُ تكفير أهل القبلة وإن وقع إلزاماً في المباحث، بخلاف من خالف القواطع المعلومة بالضرورة من الدين، مثل القائل بقدم العالم ونفي العلم بالجزئيات على ما صرح به المحققون. وأقول: وكذا القول بالإيجاب بالذات ونفي الاختيار) اهـ.

وقوله: ((وإن وقع إلزاماً في المباحث)) معناه: وإن وقع التصريح بكفر المعتزلة ونحوهم عند البحث معهم في ردِّ مذهبهم بأنَّه كفر، أي: يلزم من قولهم بكذا الكفر، ولا يقتضي ذلك كفرهم؛ لأنَّ لازم المذهب ليس بمذهب، وأيضاً فإنَّهم ما قالوا ذلك إلا لشبهة دليل شرعي على زعمهم وإن أخطأوا فيه ولزمهم المخدور، على أنَّهم ليسوا بأدنى حالاً من أهل الكتاب، بل هم مُقرُّون بأشرف الكتب، ولعلَّ القائل بعدم جُلِّ مناكحتهم يحكم بردِّهم بما اعتقدوه، وهو بعيد؛ لأنَّ ذلك أصل اعتقادهم، فإنَّ سلم أنه كفر لا يكون ردةً، قال في "البحر"^(١): ((وينبغي أن من اعتقد مذهباً يُكفر به إن كان قبل تقدُّم الاعتقاد الصحيح فهو مُشركاً، وإن طرأ عليه فهو مُرتدّاً)) اهـ.

وبهذا ظهر أنَّ الرافضي إن كان ممن يعتقِد الألوهية في "علي"، أو أنَّ جبريل غلط في الوحي، أو كان يُنكرُ صحبة "الصدِّيق"، أو يَقذفُ السيِّدة "الصدِّيقة" فهو كافر؛ لمخالفتِهِ القواطع المعلومة من الدين بالضرورة، بخلاف ما إذا كان يُفضِّل "عليّاً" أو يَسُبُّ الصحابة فإنَّه مُبتدِعٌ

٢٨٩/٢

المعتزلي والرافضي بمنزلة أهل الكتاب حيث قال: ((قوله: ((وصحَّ نكاحُ كتابيَّ)) أقول: يدخل في هذا الرافضة بأنواعها، والمعتزلة، فلا يجوز أن تزوج المسلمة السنية من الرافضي؛ لأنها مسلمة وهو كافر، فدخل تحت قولهم: لا يصحُّ تزوجُ مسلمة بكافر)) اهـ.

وقال "الرُّستغني": ((لا تصحُّ المناكحة بين أهل السنة والاعتزال)) اهـ. فالرافضة مثلهم أو أقيس، و"الرُّملي" جعلهم من قبيل أهل الكتاب؛ فيجوزُ نكاحُ نسائهم، ولا يُزوجون، ولعلَّه أعدل الأقوال؛ لأنَّه لا يُشكُّ في كُفر الرافضة)) اهـ "سندي".

(لا) يصحُّ نكاحُ (عابدةٍ كوكبٍ لا كتابَ لها) ولا وطؤها بملكٍ يمينٍ.....

لا كافرٌ كما أوضحتهُ في كتابي "تنبيه الولاة والحُكَّام، على أحكام شاتمٍ خيرِ الأنام، أو أحدِ أصحابه الكرام، عليه وعليهم الصَّلَاة والسَّلَام" (١).

(تنبيه)

قيل: لا تجوزُ مُناكِحةٌ مَنْ يقول: أنا مؤمنٌ إن شاء الله تعالى؛ لأنَّه كافرٌ. قال في "البحر" (٢): ((إنَّه محمولٌ على مَنْ يَقُولُهُ شَكًّا في إيمانِهِ، والشَّافِعِيَّةُ لا يَقُولُونَ [٣/٣٦ق/ب] بذلك، فتجوزُ المناكِحةُ بيننا وبينهم بلا شبهةٍ)) اهـ.

وحَقَّقَ ذلك في "الفتح" (٣): ((بأنَّ الشَّافِعِيَّةَ يريدون به إيمانَ الموافقةِ كما صرَّحُوا به، وهو الذي يُقبَضُ عليه العبدُ، وهو إخبارٌ عن نفسه بفعلٍ في المستقبل أو استصحابٍ إليه، فيتعلَّقُ به قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا يُشَاءُ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ عَدَاً﴾ [٥٢] إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ﴾ [الكهف- ٢٣]، غيرَ أنَّه عندنا خلافُ الأول؛ لأنَّ تعويدَ النَّفسِ بالجزمِ في مثله ليصيرَ مَلَكَةً خيرٌ من إدخالِ أداةِ التَّردُّدِ في أنَّه هل يكونُ مؤمناً عند الموافقةِ أو لا؟)) اهـ.

[١١٣٩٣] (قوله: لا عابدةٍ كوكبٍ لا كتابَ لها) هذا معنى الصَّابِغَةِ المذكورة في المتنون على أحدِ التَّفْسِيرِينَ فيها، قال في "الهداية" (٤): ((ويجوزُ تَزَوُّجُ الصَّابِغَاتِ إِنْ كَانُوا يُؤْمِنُونَ بدينٍ نبيٍّ وَيُقَرُّونَ بكتابٍ؛ لأنَّهم من أهلِ الكتاب، وإنَّ كَانُوا يَعْبُدُونَ الكواكبَ ولا كتابَ لهم لم تَحْزُ مُنَاكِحَتُهُمْ؛ لأنَّهم مُشْرِكُونَ، والخلافُ المنقولُ فيه محمولٌ على اشتباهِ مذهبِهِمْ، فكلُّ أَجَابٍ على ما وَقَعَ عنده، وعلى هذا حالٍ ذِيحَتُهُمْ)) اهـ. أي: الخلافُ بين "الإمام" القائلِ بِالْحِلِّ - بناءً على تفسيره بأنَّ لهم كتاباً ولكنَّهُمْ يُعْظَمُونَ الكواكبَ كتَعْظِيمِ المسلمِ الكعبةَ - وبين صاحبيه القائلينِ بِعَدَمِ الْحِلِّ بناءً على أنَّهم يَعْبُدُونَ الكواكبَ.

(١) انظر "مجموع رسائل ابن عابدين": ٣١٤/١.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٠/٣ بتصرف.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٧/٣ - ١٣٨ باختصار.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في بيان المحرمات ١٩٣/١.

(والجوسية والثنية) هذا ساقطٌ من نسخ الشرح ثابتٌ في نسخ المتن، وهو عطفٌ على ((عبادة كوكب))، وقوله: (والحرمة) بحج أو عمرة.....

قال في "الفتح" ^(١): ((فلو اتفق على تفسيرهم اتفق على الحكم فيهم))، قال في "البحر" ^(٢): ((وظاهر الهداية" ^(٣): أن منع مناعتهم مفيدٌ بقيد: عبادة الكواكب وعدم الكتاب، فلو كانوا يعبدون الكواكب ولهم كتاب تجوز مناعتهم، وهو قول بعض المشايخ، زعموا أن عبادة الكواكب لا تخرجهم عن كونهم أهل كتاب، والصحيح أنهم إن كانوا يعبدونها حقيقة فليسوا أهل كتاب، وإن كانوا يعظمونها كعظيم المسلمين للكعبة ^(٤) فهم أهل كتاب، كذا في "النجي" اهـ.

فعلى هذا فقول "المصنف": ((لا كتاب لها)) لا مفهوم له، لكن ما مر ^(٥) من حيل النصرائية وإن اعتقدت المسيح لها يؤيد قول بعض المشايخ كما أفاده في "النهر" ^(٦).

[١١٣٩٤] (قوله: والجوسية) نسبة إلى مجوس، وهم عبدة النار، وعدم جواز نكاحهم - ولو يملك يمين - مجمع عليه عند الأئمة الأربعة خلافاً لـ "داود"، بناءً على أنه [١/٣٧٣] كان لهم كتاب ورفع، وتاممه في "الفتح" ^(٧).

[١١٣٩٥] (قوله: هذا ساقطٌ إلخ) فيه اعتذار عن تكرار الوثنية ودفع إيهام العطف في ((الحرمة)).

(قوله: نسبة إلى مجوس إلخ) هذا باعتبار العرف، وإلا فالذي في "القاموس": ((مجوس: رجل صغير الأذن، وضع ديناً ودعا إليه)).

(١) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٨/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١١/٣.

(٣) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في بيان المحرمات ١٩٣/١.

(٤) في "٣": ((الكعبة)).

(٥) المقولة [١١٣٩١] قوله: ((على المذهب)).

(٦) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٧/أ.

(٧) انظر "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٣٦/٣-١٣٧.

(ولو بِمُحْرَمٍ) عطفٌ على ((كِتَابِيَّةٌ))، فتنبّه (والأمة ولو) كانت (كِتَابِيَّةٌ أو مع طَوَّلِ الْحُرَّةِ^(١)) الأصلُ عندنا أنَّ كُلَّ وطءٍ يَحِلُّ بِمِلْكٍ يَمِينٍ يَحِلُّ بِنِكَاحٍ، وما لا فلا (وإنْ كُرِهَ) تحريماً في المُحْرَمَةِ وتنزيهاً في الأُمّةِ (وحرّةٌ على أُمّةٍ).....

[١١٣٩٦] (قوله: ولو بِمُحْرَمٍ) المناسب: لِمُحْرَمٍ بِاللّام؛ لأنَّ النِّكَاحَ المقدَّرَ في المعطوفِ عليه لا يتعدّى بالباء، إلّا أنْ يُدْعَى تَضَمُّنُهُ معنى التَّزْوِجِ، فَإِنَّهُ يَتَعَدَّى بِالْبَاءِ فِي لُغَةٍ قَلِيلَةٍ.

[١١٣٩٧] (قوله: أو مع طَوَّلِ الْحُرَّةِ) أي: مع القدرة على مهرها ونفقتها، وهو بالفتح في الأصل: الفضل، ويُعدّى بـ: على وإلى، فطَوَّلُ الْحُرَّةِ مُتَّسَعٌ فِيهِ بِحَذْفِ الصَّلَةِ ثُمَّ الْإِضَافَةِ إِلَى الْمَفْعُولِ عَلَى مَا أَشَارَ إِلَيْهِ "الْمُطَرِّزِيُّ"^(٢)، "قَهْستاني"^(٣).

[١١٣٩٨] (قوله: الأصلُ إلخ) قد يُناقَشُ فِيهِ بِالْأُمّةِ المملوكةِ بعدَ الْحُرّةِ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ وَطْؤُهَا مِلْكاً، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَنْكِحَ الأُمّةُ عَلَى الْحُرّةِ، "ط"^(٤).

[١١٣٩٩] (قوله: تحريماً في المُحْرَمَةِ وتنزيهاً في الأُمّةِ) أمّا الثَّانِي فهو ما استظهره في "البحر"^(٥) من كلام "البدائع"^(٦)، ومثله في "القَهْستاني"^(٧)، وأَيَّدَهُ بِقَوْلِ "المبسوط"^(٨): ((والأوّلَى أَنْ لَا يَفْعَلَ)).

(قوله: قد يُناقَشُ فِيهِ بِالْأُمّةِ المملوكةِ إلخ) قد يُجابُ عنه: بأنَّ كلامنا إنّما هو فيمن يَتَزَوَّجُ بِهَا منفردةً، وهناك إنّما نَهَى عَنِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْمُعْقَدَتَيْنِ اهـ "سندي".

(١) في "د" زيادة: (قوله: مع طول الحرة، قال في "القاموس": والطول والطائل: الفضل والقدرة والغنى والسعة). ق ١٥٣/ب.

(٢) "المغرب": مادة (طول).

(٣) "جامع الرموز": كتاب النكاح ٢٧٥/١.

(٤) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٢٢/٢.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٢/٣.

(٦) "البدائع": كتاب النكاح - بيان شرائط جواز النكاح ونفاذه - فصل: ومنها أن لا تكون المرأة مشاركة إذا كان الرجل مسلماً ٢٧٠/٢.

(٧) "جامع الرموز": كتاب النكاح ٢٧٥/١.

(٨) "المبسوط": كتاب النكاح - باب نكاح الإماء والعبيد ١٠٨/٥.

وَأَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ مَا فَهِمَهُ فِي "النَّهْرِ"^(١) مِنْ كَلَامِ "الْفَتْحِ"^(٢)، وَهُوَ فَهْمٌ فِي غَيْرِ مَحَلِّهِ، فَإِنَّهُ فِي "الْفَتْحِ" ذَكَرَ دَلِيلَ الْمَسْأَلَةِ لَنَا، وَهُوَ مَا أَخْرَجَهُ "السُّنَّةُ" عَنْ "ابْنِ عَبَّاسٍ": «تَزَوَّجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ "مِيمُونَةَ" وَهُوَ مُحْرِمٌ، وَبَنَى بِهَا وَهُوَ حَلَالٌ»^(٣)، وَذَكَرَ دَلِيلَ الْأُئِمَّةِ الثَّلَاثَةِ، وَهُوَ مَا أَخْرَجَهُ "الْجَمَاعَةُ" إِلَّا "الْبُخَارِيَّ" مِنْ قَوْلِهِ ﷺ: «لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ وَلَا يُنْكَحُ»^(٤)، أَيْ: بِفَتْحِ الْبَاءِ فِي الْأَوَّلِ وَضَمِّهَا فِي الثَّانِي مَعَ كَسْرِ الْكَافِ، وَمَنْ فَتَحَهَا فِي الثَّانِي فَقَدْ صَحَّفَ، "بَحْرٌ"^(٥). زَادَ "مُسْلِمٌ"^(٦): «وَلَا يَخْطُبُ»، ثُمَّ أَحَابَ بِتَرْجِيحِ الْأَوَّلِ مِنْ وَجْهِهِ، ثُمَّ أَحَابَ عَلَى تَسْلِيمِ التَّعَارُضِ بـ: ((حَمَلِ الثَّانِي إِمَّا عَلَى نَهْيِ التَّحْرِيمِ وَالنِّكَاحِ فِيهِ لِلوُطْءِ، أَوْ عَلَى نَهْيِ الْكَرَاهِيَةِ جَمْعًا بَيْنَ الدَّلَائِلِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُحْرِمَ فِي شُغْلٍ عَنْ مَبَاشَرَةِ عَقْدِ الْأَنْكَحَةِ؛

(١) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٧/ب.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المهرمات ١٣٩/٣.

(٣) أخرجه البخاري (٥١١٤) كتاب النكاح - باب نكاح المحرم، ومسلم (١٤١٠) كتاب النكاح - باب تحريم نكاح

المحرم وكراهة خطبته، وأبو داود (١٨٤٤) كتاب الحج - باب في المحرم يتزوج، والترمذي (٨٤٤) كتاب الحج -

باب ما جاء في الرخصة في ذلك، والنسائي ١٩١/٥ كتاب المناسك - باب الرخصة في النكاح للمحرم، وابن ماجه

(١٩٦٥) كتاب النكاح - باب المحرم يتزوج، وأحمد ٢٢١/١، وابن حبان (٤١٣٣). كلهم من حديث ابن عباس.

(٤) أخرجه أحمد ٥٧/١، ومالك في "الموطأ" ٢٨٣/١، ومسلم (١٤٠٩) (٤١) كتاب النكاح - باب تحريم نكاح

المحرم وكراهة خطبته، وأبو داود (١٨٤١) و(١٨٤٢) كتاب المناسك - باب المحرم يتزوج، والترمذي (٨٤٠)

كتاب الحج - باب ما جاء في كراهية تزويج المحرم، وقال: هذا حديث حسن صحيح، والنسائي ١٩٢/٥ كتاب

المناسك - باب النهي في النكاح للمحرم، وابن ماجه (١٩٦٦) كتاب النكاح - باب المحرم يتزوج، والدارمي

٤٦٦/١ (١٧٦٧) كتاب المناسك - باب في تزويج المحرم، وابن حبان (٤١٦٦) و(٤١٢٧) و(٤١٢٨) كتاب

النكاح - باب حرمة المناكحة، والطحاوي في "شرح معاني الآثار" ٢٦٨/٢ كتاب مناسك الحج - باب نكاح

المحرم، كلهم من حديث عثمان بن عفان ؓ.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المهرمات ١١٢/٣ بتصرف.

(٦) في "صحيحه" (١٤٠٩) كتاب النكاح - باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته من حديث عثمان بن عفان ؓ.

(لا) يصحُّ (عكسه).....

لأنَّ ذلك يُوجِبُ شُغْلَ قَلْبِهِ عن إِحْسَانِ الْعِبَادَةِ؛ لِما فِيهِ من خِطْبَةٍ ومُرَاوَدَاتٍ ودَعْوَةٍ واجْتِمَاعَاتٍ، وَيتَضَمَّنُ تَنْبِيهَ النَّفْسِ لَطَلِّبِ الْجَمَاعِ، وَهَذَا مَحْمَلُ قَوْلِهِ: «(وَلَا يَخْطُبُ)»، وَلَا يَلْزَمُ كَوْنُهُ ﷺ بِاشْرَ الْمَكْرُوهِ؛ لِأَنَّ الْمَعْنَى الْمُنَوِّطَ بِهِ الْكِرَاهَةُ هُوَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مُنْزَعٌ عَنْهُ، وَلَا بُعْدَ فِي اخْتِلَافِ حُكْمٍ فِي حَقِّهِ وَحَقِّهِ لِاخْتِلَافِ الْمَنَاطِ فِيهِ وَفِيهِ كَالْوِلَاصِ، نَهَانَا عَنْهُ [٣٧٣/ب] وَفَعَلَهُ)) اهـ.

وَحَاصِلُهُ: أَنَّ «(لَا يَنْكِحُ)» إِن كَانَ الْمُرَادُ بِهِ الْوُطْءَ فَالْنَهْيُ لِلتَّحْرِيمِ - وَهَذَا قَطْعِيٌّ لَا شُبْهَةَ فِيهِ - أَوْ الْعَقْدَ فَالْنَهْيُ لِلْكَرَاهِيَةِ^(١)، وَمَا ذَكَرَهُ مِنَ الْوَجْهِ لَا يَقْتَضِي كِرَاهَةَ التَّحْرِيمِ، وَإِلَّا حَرَّمَ تِجَارَةَ الْمُحَرَّمِ فِي الْإِمَاءِ، فَإِنَّ فِيهِ أَيْضًا شُغْلَ الْقَلْبِ وَتَنْبِيهَ النَّفْسِ لِلْجَمَاعِ، وَيُؤَيِّدُهُ قَوْلُهُ: «(وَهَذَا مَحْمَلُ قَوْلِهِ: «(وَلَا يَخْطُبُ)»))»، عَلَى أَنَّهُ قَدْ صَرَّحَ فِي "شرح درر البحار"^(٢): «(بِأَنَّ النِّهْيَ لِلتَّنْزِيهِ)»، وَقَوْلُ "الكنز"^(٣): «(وَحَلَّ تَزْوُجِ الْكِتَابِيَّةِ وَالصَّابِيَةِ وَالْمُحَرِّمَةِ)» صَرِيحٌ فِي ذَلِكَ، فَإِنَّ الْمَكْرُوهَ تَحْرِيمًا لَا يَحِلُّ، فَافْهَم.

[١١٤٠٠] (قَوْلُهُ: لَا يَصِحُّ عَكْسُهُ) أَي: وَلَا جَمْعُهُمَا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ، بَلْ يَصِحُّ فِي الْجَمْعِ نِكَاحُ الْحُرَّةِ لَا الْأُمَةِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ "الزَّيْلَعِيُّ"^(٤) وَغَيْرُهُ، وَمَا فِي "الْأَشْبَاهِ"^(٥) فِي قَاعِدَةٍ: إِذَا اجْتَمَعَ الْحَلَالُ وَالْحَرَامُ: «(مَنْ أَنَّهُ يَبْطُلُ فِيهِمَا)» سَبَقُ قَلَمٍ. هَذَا، وَحَرْمَةُ إِدْخَالِ الْأُمَةِ عَلَى الْحُرَّةِ إِذَا كَانَ نِكَاحُ الْحُرَّةِ صَحِيحًا، فَلَوْ دَخَلَ بِالْحُرَّةِ بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ لَا يُمْنَعُ نِكَاحُ الْأُمَةِ، "شَرْبِلَالِيَّةٌ"^(٦).

(١) فِي "٣": «(لِلْكَرَاهَةِ)».

(٢) "غُررُ الْأَذْكَارِ شرح درر البحار": كِتَابُ النِّكَاحِ - ذِكْرُ الْمُحْرَمَاتِ ق ١٩٣/أ.

(٣) انظر "شرح العيني على الكنز": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمُحْرَمَاتِ ١/١٤٢.

(٤) "بَيِّنُ الْحَقَائِقِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمُحْرَمَاتِ ١١٢/٢.

(٥) "الْأَشْبَاهُ وَالظَّالِي": النُّوعُ الثَّانِي مِنَ الْقَوَاعِدِ - الْقَاعِدَةُ الثَّلَاثَةُ إِذَا اجْتَمَعَ الْحَلَالُ وَالْحَرَامُ ص ١٢٦.

(٦) "الشَّرْبِلَالِيَّةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ ٣٣٢/١ (هَامِشُ "الدَّررِ وَالْغُررِ").

ولو) أمٌ ولدٍ (في عِدَّةٍ حُرَّةٍ) ولو من بائنٍ (صَحَّ لو راجَعَهَا) أي: الأُمّة (على حُرَّةٍ^(١)) لبقاء المِلْك.

(ولو تزوّجَ أربعاً من الإمامِ وخمساً من الحرّاتِ في عقْدٍ) واحدٍ (صَحَّ نكاحُ الإمامِ) لبطلانِ الخمسِ.....

(فرغ)

تزوّجَ أُمّةً بلا إذنِ مولاها، ولم يدخلْ حتّى تزوّجَ حُرّةً، ثُمَّ أَجَازَ المولى لم يَحْزُرْ؛ لأنَّ الحِلَّ إِنَّمَا يُبْتِغى عند الإجازة، فكانت في حكم الإنشاء، فيصيرُ مُتَزَوِّجاً أُمّةً على حُرّةٍ، ولو تزوّجَ ابْتِهَا الحُرّةَ قبل الإجازة جاز؛ لأنَّ النكاحَ الموقوفَ عَدَمٌ في حقِّ الحِلِّ، فلا يَمْنَعُ نكاحَ غيرها، "بجر"^(٢) عن "المحيط" ملخصاً.

[١١٤٠١] (قوله: ولو أمٌ ولدٍ) شَمِلَ المُدْبِرَةَ والمكاتبةَ كما في "البحر"^(٣).

[١١٤٠٢] (قوله: في عِدَّةٍ حُرَّةٍ) من مدخولِ المبالغة، أي: ولو في عِدَّةٍ حُرّةٍ.

[١١٤٠٣] (قوله: ولو من بائنٍ) أشار به إلى خلافِ قولهما بجوازِهِ، وَاتَّفَقُوا على المنعِ في الرَّجعيِّ.

[١١٤٠٤] (قوله: لبقاء المِلْك) أي: ملكِ نكاحِ الأُمّةِ لأنّها لم تَخْرُجْ بِالطَّلَاقِ الرَّجعيِّ عن النكاحِ، فالْحُرّةُ هي الدّاخلَةُ على الأُمّةِ.

[١١٤٠٥] (قوله: في عَقْدٍ واحدٍ) أي: على التّسْعِ، "ح"^(٤).

[١١٤٠٦] (قوله: لبطلانِ الخمسِ) مُفَادُهُ أَنَّهُ لو كانت الحرّاتُ أربعاً صَحَّ فِيهِنَّ وبَطَلَ

(قوله: شَمِلَ إلخ) أي: لفظ الأُمّةِ.

(١) في "و": ((حرمة))، وهو خطأ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٢/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٣/٣.

(٤) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٧/١ بتصرف.

(و) صَحَّ (نكاح أربع من الحرائر والإماء فقط للحرِّ) لا أكثر (وله التَّسْرِيُّ بما شاء من الإماء) فلو له أربع وألف سُريَّةٍ، وأرادَ شراءَ أخرى فلامَهُ رجلٌ خِيفَ عليه الكُفْرُ، ولو أرادَ التَّسْرِيَّ^(١) فقالت امرأته: أَقْتُلْ نفسي لا يمتنعُ، لأنَّهُ مشروعٌ، لكنَّ لو تَرَكَ لَمَّا يَغْمُهَا يُوجِرُ؛.....

في الإماء كما في جمع الحرَّة مع الأَمَةِ بعقدٍ واحدٍ، يُوْضِحُهُ ما نَقَلَهُ "الرَّحْمِيُّ" عن "كافي الحاكم": ((أَنَّ أَصْلَ ذَلِكَ أَنَّهُ يُنْظَرُ فِي نِكَاحِ الْحَرَائِرِ، فَإِنْ كَانَ جَائِزًا لَوْ كُنَّ وَحَدَهُنَّ أَجْزَتْهُ وَأَبْطَلَتْ نِكَاحَ الْإِمَاءِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ جَائِزٍ أَبْطَلَتْهُ وَأَجْزَتْ نِكَاحَ الْإِمَاءِ إِنْ كَانَ يَجُوزُ لَوْ كُنَّ وَحَدَهُنَّ)) اهـ.

قلت: ويستفاد منه ما لو [٣/٣٨٣] كان جملة الحرائر والإماء لم تَزِدْ على أربع فإنه يجوزُ في الحرائر فقط، وهو صريحٌ ما ذكرناه^(٢) آنفاً عند قوله: ((لا يَصِحُّ عَكْسُهُ)). [١١٤٠٧] (قوله: سُريَّةٌ) نسبةٌ إلى السَّرِّ وهو النِّكَاحُ - والتَّزِمَ ضَمُّ السَّيْنِ كَضَمِّ الدَّالِ فِي دُهرِيَّةٍ نسبةً إلى الدَّهْرِ - أو إلى السَّرُّورِ لِحْصولِهِ بها، "ط"^(٣).

[١١٤٠٨] (قوله: خِيفَ عَلَيْهِ الكُفْرُ) لقوله تعالى: ﴿لَا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون - ٦]، "بِرَازِيَّة"^(٤). ومقتضاه أن مثله لو لامَهُ على التَّزَوُّجِ على امرأته، وما فُرِّقَ به في "البحر"^(٥): ((من أن في الجمع بين الحرائر مَشَقَّةً بسببِ وجوبِ العدلِ بينهما بخلافِ الجمعِ بين السَّرَّارِي، فإنه لا قَسَمٌ بينهما)) مما لا أثرَ له مع النَّصِّ،

(١) ((التسري)) ساقطة من "ب" و"و" و"ط".

(٢) المقولة [١١٤٠٠] قوله: ((لا يَصِحُّ عَكْسُهُ)).

(٣) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٢٢/٢.

(٤) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثامن عشر في الحظر والإباحة ١٥٥/٤ باختصار (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٣/٣.

لحديث: ((مَنْ رَقَّ لِأُمَّتِي رَقَّ اللَّهُ لَهُ))، "بَرَّازِيَّة" (١). (ونصفها للعبد) ولو مدبراً....

"نهر" (٢)، أي: لأنَّ النَّصْرَ نَفَى اللُّومَ عن الجهتين، وقد يقال: إنَّ المتبادرَ من اللُّومِ على التَّسْرِي هو اللُّومُ على أصلِ الفعل بخلاف اللُّومِ على تَزَوُّجِ أخرى، فإنَّ المتبادرَ منه اللُّومُ على ما يَلْحَقُهُ من خوفِ الجورِ لا على أصلِ الفعل، فيكونُ عملاً بقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَخْفَؤَ عَنْكُمْ آلَ اللَّهِ لِأَتُولُوا فَأْتِكُمْ﴾ [النساء - ٣]، فهذا وجهٌ ما فَرَّقَ به في "البحر" (٣) أخذاً من تنصيصهم على اللُّومِ على التَّسْرِي فقط.

والتحقيق: أنه إنَّ أَرَادَ اللُّومُ على أصلِ الفعل بمعنى: أَنَّكَ فَعَلْتَ أمراً قبيحاً فهو كافرٌ في الموضوعين، وإنَّ كان بمعنى: أَنَّكَ فَعَلْتَ ما تركُهُ لك أولى لما يَلْحَقُكَ من التعبِ في التَّفَقُّعِ، وكثرة العيال، وإضرار الزَّوْجَةِ بالتَّسْرِي أو بالتَزَوُّجِ عليها ونحو ذلك فلا كفرَ في الموضوعين، وإنَّ لم يُلَاحِظْ شيئاً من المعنيين فلا كفرَ في الموضوعين أيضاً، لكنَّ قالوا: يُخْشَى عليه الكفرُ في الأوَّل؛ لأنَّ المتبادرَ منه اللُّومُ على أصلِ الفعل دون الثاني لتبادرِ خلافِهِ كما قلنا، هذا ما ظَهَرَ لي، والله تعالى أعلم، فافهم.

[١١٤٠٩] (قوله: لحديث: ((مَنْ رَقَّ لِأُمَّتِي)) (٤) أي: رَجَمَهَا «رَقَّ اللَّهُ لَهُ»، أي: أثابه وأحسن إليه، "ط" (٥).

[١١٤١٠] (قوله: ولو مُدْبِراً) مثله المكاتبُ وابنُ أُمِّ الولدِ الذي من غيرِ مولاها كما في "الغاية"، "ط" (٦).

(١) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثامن عشر في الحظر والإباحة ١٥٥/٤ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية") وفيها: ((من رَقَّ لأنني رَقَّ الله له)).

(٢) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٨/أ..

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٣/٣.

(٤) أخرجه القضاعي في "مسنده" ٢٤١/١، وابن أبي الدنيا في "دَمُ الغضب" كما في "الكنز" (٥٤١٠) كلاهما من حديث عائشة رضي الله عنها، وأخرجه أحمد ٦٢٠ - ٦٢١، وإسحاق بن راهويه في "مسنده" ٥٣٧/٢، والطبراني في "مسند الشاميين" ١٦٠ - ١٦١/٢ بلفظ: ((اللهم من رفق بأمي فارقه به، ومن شق على أمي فشق عليه)).

(٥) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٢٢/٢.

(٦) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٢٢/٢.

(وَيَمْتَنِعُ عَلَيْهِ غَيْرُ ذَلِكَ) فَلَا يَحِلُّ لَهُ التَّسَرُّيْ أَصْلًا؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِلَّا الطَّلَاقَ.
(و) صَحَّ نِكَاحُ (حُبْلَى مِنْ زَنًا لَا) حُبْلَى (مِنْ غَيْرِهِ) أَي: الزَّانَا؛ لِثُبُوتِ نَسَبِهِ
وَلَوْ مِنْ حَرْبِيٍّ أَوْ سَيِّدِهَا.....

[١١٤١١] (قَوْلُهُ: وَيَمْتَنِعُ عَلَيْهِ) أَي: عَلَى الْعَبْدِ وَلَوْ مُكَاتَبًا كَمَا فِي "الْبَحْرِ"^(١).

[١١٤١٢] (قَوْلُهُ: أَصْلًا) أَي: وَإِنْ أُذِنَ لَهُ بِهِ الْمَوْلَى.

[١١٤١٣] (قَوْلُهُ: لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ) أَي: فِي هَذَا الْبَابِ ((إِلَّا الطَّلَاقَ))، فَلَا يُنَافِي أَنَّهُ يَمْلِكُ

غَيْرَهُ كَالْإِقْرَارِ عَلَى نَفْسِهِ وَنَحْوِهِ.

[١١٤١٤] (قَوْلُهُ: وَصَحَّ نِكَاحُ حُبْلَى مِنْ زَنًا) أَي: عِنْدَهُمَا، وَقَالَ "أَبُو يَوْسُفَ": لَا يَصَحُّ،

وَالْفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِمَا [٣/٣٨٨ب] كَمَا فِي "الْقَهْصَانِي"^(٢) عَنْ "الْمَحِيطِ"، وَذَكَرَ "التَّمْرُتَاشِي":

((أَنَّهُمَا لَا نَفَقَةَ لَهَا))، وَقِيلَ: لَهَا ذَلِكَ، وَالْأَوَّلُ أَرْجَحُ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ الْوُطْءِ مِنْ جِهَتَيْهَا بِخِلَافِ

الْحَيْضِ؛ لِأَنَّهُ سَمَاوِيٌّ، "بِحَرْ" ^(٣) عَنْ "الْفَتْحِ"^(٤).

[١١٤١٥] (قَوْلُهُ: لَا حُبْلَى مِنْ غَيْرِهِ إِلَّا) شَمِلَ الْحُبْلَى مِنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ، أَوْ فَاسِدٍ، أَوْ

وُطْءٍ شَبْهَةٍ، أَوْ يَمْلِكُ يَمِينٍ، وَمَا لَوْ كَانَ الْحَمْلُ^(٥) مِنْ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ أَوْ حَرْبِيٍّ.

[١١٤١٦] (قَوْلُهُ: لَثُبُوتِ نَسَبِهِ) فَهِيَ فِي الْعِدَّةِ، وَنِكَاحُ الْمُعْتَلَّةِ لَا يَصَحُّ، "ط"^(٦).

[١١٤١٧] (قَوْلُهُ: وَلَوْ مِنْ حَرْبِيٍّ) كَالْمُهَاجِرَةِ وَالْمُسَيَّبَةِ، وَعَنْ "أَبِي حَنِيفَةَ": أَنَّهُ يَصَحُّ،

وَصَحَّحَ "الزَّيْلَعِيُّ"^(٧) الْمَنْعَ، وَهُوَ الْمُعْتَمَدُ، وَفِي "الْفَتْحِ"^(٨): ((أَنَّهُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ))، "بِحَرْ"^(٩).

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٣/٣.

(٢) "جامع الرموز": كتاب النكاح ٢٧٥/١.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٢/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٤٥/٣.

(٥) في "م": ((الحبل))، وفي "ب": ((الحل)) وهو خطأ.

(٦) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٢٣/٢.

(٧) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٣/٢.

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٤٦/٣.

(٩) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٤/٣ بتصرف.

المُقَرَّبُ به (وإن حَرَمَ وطؤها) ودواعيه (حتى تَضَع).....

[١١٤١٨] (قوله: المُقَرَّبُ به) بكسر القاف، أشار به إلى أن ما في "الهداية"^(١) من قوله: ((ولو زَوَّجَ أُمٌّ وَلَدِيَّهَ وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ)) محمولٌ على ما إذا أَقَرَّ به لقوله: ((وهي حاملٌ منه))، قال في "النَّهْر"^(٢): ((قال في "التَّوَشِيح": فعلى هذا ينبغي أَنَّهُ لو زَوَّجَهَا بَعْدَ الْعِلْمِ قَبْلَ اعْتِرَافِهِ بِهِ أَنَّهُ يَجُوزُ النِّكَاحُ، وَيَكُونُ نَفْيًا.

أقول: ومن هنا قد علمت أَنَّهُ لو زَوَّجَ غَيْرَ أُمِّ وَلَدِيَّهَ وَهِيَ حَامِلٌ يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ كَانَ نَفْيًا فِيمَا لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الدَّعْوَى، ففيمَا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهَا أُولَى)) اهـ.

[١١٤١٩] (قوله: ودواعيه) قال في "البحر"^(٣): ((وحكمُ الدَّوَاعِي عَلَى قَوْلِهَا كَالْوَطْءِ كَمَا فِي "النَّهْيَةِ")) اهـ.

قال "ح"^(٤): ((والَّذِي فِي نَفَقَاتِ "الْبَحْرِ"^(٥) جَوَازُ الدَّوَاعِي، فَلْيُحَرَّرْ)) اهـ.
قلت: والَّذِي فِي النِّفَقَاتِ: ((أَنَّ زَوْجَةَ الصَّغِيرِ لَوْ أَنْفَقَ عَلَيْهَا أَبُوهَا، ثُمَّ وَلَدَتْ وَاعْتَرَفَتْ أَنَّهَا حَبْلِي مِنَ الزَّوْنِ لَا تَرُدُّ شَيْئًا مِنَ النِّفَقَةِ؛ لِأَنَّ الْحَبْلَ مِنَ الزَّوْنِ إِنْ مَنَعَ الْوَطْءَ لَا يَمْنَعُ مِنْ دَوَاعِيهِ)) اهـ.
فيمكنُ الْفَرْقُ بَأَنَّ مَا هُنَا فِيمَنْ كَانَتْ حَبْلِي مِنَ الزَّوْنِ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا، وَمَا فِي النِّفَقَاتِ فِي الزَّوْجَةِ

(قوله: فِيمَكُنُ الْفَرْقُ بَأَنَّ مَا هُنَا فِيمَنْ كَانَتْ حَبْلِي مِنَ الزَّوْنِ إِنْ مَنَعَ الْوَطْءَ لَا يَمْنَعُ مِنْ دَوَاعِيهِ)) اهـ.
إِذِ الزَّوْجَةُ مُحْتَقَّةٌ عِنْدَ فِعْلِ الدَّوَاعِي فِي الْمَسَائِلَيْنِ، فَلَعَلَّ فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَاتَيْنِ، وَأَيْضًا قَوْلُهُ فِي النِّفَقَاتِ: ((لِأَنَّ الْحَبْلَ إِنْ مَنَعَ الْوَطْءَ لَا يَمْنَعُ مِنْ دَوَاعِيهِ)) اهـ.
فَفَهْمُهُ، وَمَا ذَكَرُوهُ لِحُرْمَةِ الْوَطْءِ مِنَ الدَّلِيلِ لَا يَدُلُّ عَلَى حُرْمَةِ الدَّوَاعِي، فَلَعَلَّ الْمُعْتَمِدَ مَا فِي النِّفَقَاتِ، ثُمَّ رَأَيْتُ فِي "الْفَتْحِ" مَا يَدُلُّ عَلَى تَحَقُّقِ الْخِلَافِ فِي نَفْسِ الْوَطْءِ فَتَكُونُ الدَّوَاعِي كَذَلِكَ بِالْأُولَى؛ حَيْثُ قَالَ: ((وَكَمَا لَا يُبَاحُ وَطْئُهَا لِاتِّبَاحِ دَوَاعِيهِ، وَقِيلَ: لَا بَأْسَ بِوَطْئِهَا)).

(١) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في بيان المحرمات ١٩٥/١.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٨/أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٤/٣.

(٤) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٧/أ.

(٥) "البحر": كتاب الطلاق - باب النفقة ١٩٦/٤.

[١١٤٦] (قوله: إِذِ الشَّعَرُ يُنْبِتُ مِنْهُ) المراد ازدياد نبات الشعير لا أصل نباته، ولذا قال في "التيبين" (٣) و"الكافي" (٤): ((لأنَّ به يزدادُ سَمْعُهُ وبصرُهُ حِدَّةً كما جاءَ في الخبرِ)) اهـ.

وهذه حكمته، وإلا فالمراد المنع من الوطاء؛ لما في "الفتح" (٥): ((قال رسولُ اللَّهِ ﷺ: «لا يَحِلُّ لِمَرِيٍّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يُسْقِيَ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ»))، يعني: [٣/٣٩٢]: «لا يَحِلُّ لِمَرِيٍّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يُسْقِيَ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ»))، يعني: إتيانَ الْحَيَّالِ، رواه "أبو داود" و"الترمذي"، وقال: حديثٌ حسنٌ (٦)) اهـ "شُرُوبُ" (٧).

(٦) أخرجه أبو داود (٢١٥٨) كتاب النكاح - باب وطء السبايا، والترمذي (١١٣١) كتاب النكاح - باب ما جاء في الرجل يشتري الجارية وهي حامل، وأخرجه أحمد ١٠٨/٤، والطبراني في "الكبير" ٢٦٦/٥، وفي "الأوسط" (٣٢١٥)، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٢٤/٩ كتاب السير - باب المرأة تسمى مع زوجها، وابن الجارود في "المنتقى" ١٨٢/١، وابن عبد البر في "التمهيد" ١٤٢/٣-١٤٣، و٢٢٩/١٨، كلهم من حديث روي عن ابن ثابت رضي الله عنه، وفي الباب عن أبي الدرداء، وابن عباس، والعرباض بن سارية، وأبي سعيد رضي الله عنه.

(٧) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ٣٣٢/١ (هامش "الدرر والغرر").

اتِّفَاقًا، والولَدُ له، وَلَزِمَ النَّفَقَةُ، وَلَوْ زَوَّجَ أُمَّتُهُ أَوْ أُمٌّ وَلِوَلَدِهِ الْحَامِلَ بَعْدَ عِلْمِهِ قَبْلَ إِقْرَارِهِ بِهِ جَازٍ، وَكَانَ نَفِيًّا دَلَالَةً، "نهر"^(١) عَنْ "التَّوَشِيحِ".
(و) صَحَّ نِكَاحُ (المَطْوُوءَةِ بِمِلْكٍ) بِمِثْنٍ، وَلَا يَسْتَبْرِئُهَا زَوْجُهَا.....

[١١٤٢٢] (قَوْلُهُ: اتِّفَاقًا) أَي: مِنْهُمَا وَمَنْ "أَبِي يُوسُفَ"، فَالْخِلَافُ السَّابِقُ فِي غَيْرِ الزَّانِي كَمَا فِي "الْفَتْحِ"^(٢) وَغَيْرِهِ.

[١١٤٢٣] (قَوْلُهُ: وَالْوَلَدُ لَهُ) أَي: إِنْ جَاءَتْ بَعْدَ النِّكَاحِ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، "مَخْتَارَاتِ النِّوَازِلِ"^(٣). فَلَوْ لَاقَلَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ النِّكَاحِ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ، وَلَا يَرِثُ مِنْهُ إِلَّا أَنْ يَقُولَ: هَذَا الْوَلَدُ مِنِّي، وَلَا يَقُولَ: مِنَ الزَّانَا، "حَاشِيَّةُ"^(٤).

وَالظَّاهِرُ: أَنَّ هَذَا مِنْ حَيْثُ الْقَضَاءُ، أَمَّا مِنْ حَيْثُ الدِّيَانَةُ فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَدَّعِيَهُ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ قَطَعَ نَسَبَهُ مِنْهُ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ اسْتِلْحَاقُهُ بِهِ، وَلِذَا لَوْ صَرَّحَ بِأَنَّهُ مِنَ الزَّانَا لَا يَثْبُتُ قَضَاءُ أَيْضًا، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لَوْ لَمْ يُصَرَّحْ؛ لِاحْتِمَالِ كَوْنِهِ بَعْدَ سَابِقٍ أَوْ بِشَبْهِهِ حَمَلًا لِحَالِ الْمُسْلِمِ عَلَى الصَّلَاحِ، وَكَذَا ثُبُوتُهُ مُطْلَقًا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ النِّكَاحِ؛ لِاحْتِمَالِ غُلُوقِهِ بَعْدَ الْعَقْدِ وَأَنَّ مَا قَبْلَ الْعَقْدِ كَانَ اتِّفَاقًا لَا حَمَلًا، وَحُتَّاطٌ^(٥) فِي إِثْبَاتِ النَّسَبِ مَا أَمَكَّنَ.

مُطْلَبٌ فِيمَا لَوْ زَوَّجَ الْمَوْلَى أُمَّتَهُ

[١١٤٢٤] (قَوْلُهُ: وَلَوْ زَوَّجَ أُمَّتُهُ إلخ) هَذَا مُحْتَرَزُ قَوْلِهِ: ((الْمُقَرَّبُ)) كَمَا أَوْضَحْنَاهُ قَبْلُ.
[١١٤٢٥] (قَوْلُهُ: وَلَا يَسْتَبْرِئُهَا زَوْجُهَا) أَي: لَا اسْتِحْبَابًا وَلَا وَجُوبًا عِنْدَهُمَا، وَقَالَ "مُحَمَّدٌ": لَا أَحِبُّ أَنْ يَطَّأَهَا قَبْلَ أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا؛ لِأَنَّهُ احْتِمَالُ الشُّغْلِ بِمَاءِ الْمَوْلَى، فَوَجَبَ التَّنْزُّهُ

(١) "النهر": كتاب النكاح - فصل في الحرمان ١٦٨/١ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الحرمان ١٤٦/٣.

(٣) "مختارات النوازل": كتاب النكاح - فصل: رجل زنى بامرأة فحبلت منه في ٥١/١.

(٤) "الحاشية": كتاب النكاح - باب في الحرمان ٣٧١/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) في "٣": ((ويحتاج)).

كما في الشراء، "هداية"^(١). وقال "أبو الليث": ((قوله أقرب إلى الاحتياط، وبه نأخذ))، "بناية"^(٢). ووفق في "النهاية" ب: ((أن "محمدًا" إنما نفى الاستحباب، وهما أثبتا الجواز بدونه، فلا معارضة))، واعتراضه في "البحر"^(٣): ((بأنه خلاف ما في "الهداية"^(٤)))، لكن استحسنه في "النهر"^(٥): ((بأنه لا ينبغي التردد في نفس الاستبراء على قول))، قال: ((وبه يستغنى عن ترجيح قول "محمد")).

قلت: إذا كان الصحيح وجوب الاستبراء على المولى يسوغ نفى استحبابه عن الزوج؛ لحصول المقصود، نعم لو علم أن المولى لم يستبرئها لا ينبغي التردد في استحبابه للزوج، بل لو قيل بوجوبه لم يبعد، ويُقرَّب أنه في "الفتح"^(٦) حمل قول "محمد": ((لا أحب)) على أنه يجب؛ لتعليقه باحتمال الشغل بماء المولى، فإنه يدل على الوجوب، وقال: ((فيان المتقدمين كثيراً ما يطلقون: أكره كذا^(٧) في التحريم أو كراهة التحريم، وأحب في مقابلته) اهـ.

(قوله: إنما نفى الاستحباب إلخ) السين والتاء زائدتان أي: نفى محبة أن يطأها قبل الاستبراء؛ حيث قال: ((لا أحب إلخ)).

(قوله: في "الفتح": ((حمل قول محمد: ((لا أحب)) على أنه يجب لتعليقه باحتمال الشغل بماء المولى، فإنه يدل على الوجوب إلخ)) (أورد أن التوهم لا يصلح علة للوجوب بل للنذْب، كما في غسل اليدين عقب النوم؛ لتوهم النجاسة، وأجيب: بأن ذلك في غير الفروج، أمّا فيها فالجهود فيه جعل متعلق بالوجوب، كما في وجوب الاستبراء اهـ)) من "الفتح".

(١) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١/١٩٥.

(٢) "البنية": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٤/٥٦٢.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣/١١٤.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١/١٩٥.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٨/ب.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣/١٤٨.

(٧) في "ب" و"م": ((هذا)).

بل سيدها وجوباً على الصحيح، "ذخيرة" (أو الموطوعة (بزنا) أي: جاز نكاح من رآها تزني، وله وطؤها بلا استبراء، وأما قوله تعالى: ﴿وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ﴾ [النور - ٣]

قلت: وأصرح من ذلك قول "الهداية"^(١): ((لأنه احتُمِلَ الشُّغْلُ بماء المولى، فوجِبَ التَّنَزُّهُ كما في الشَّرَاءِ)) [٣/٣٩٩ب] اهـ، ومثله في "مختارات النوازل"^(٢).

[١١٤٢٦] (قوله: بل سيدها) أي: بل يستبرئها سيدها وجوباً في الصحيح، وإليه مال "السرخسي"، وهذا إذا أراد أن يزوجهَا وكان يطؤها، فلو أراد بيعها يستحب، والفرق أنه في البيع يجب على المشتري فيحصل المقصود، فلا معنى لإيجابه على البائع، وفي "المنتقى": ((عن أبي حنيفة: "أكره أن يبيع من كان يطؤها حتى يستبرئها"))، "ذخيرة".

[١١٤٢٧] (قوله: وله وطؤها بلا استبراء) أي: عندهما، وقال "محمد": لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها، "هداية"^(٣). والظاهر أن الترجيح المار يأتي هنا أيضاً، ولذا جزم في "النهر"^(٤) هنا بالندب، إلا أن يُفرَّق بأن ماء الزنا لا اعتبار له.

بقي: لو ظهر بها حمل يكون من الزوج؛ لأن الفراش له، فلا يقال: إنه يكون ساقياً زرع غيره، لكن هذا ما لم تلبذه لأقل من ستة أشهر من وقت العقد، فلو ولدته لأقل لم يصح العقد كما صرحوا به، أي: لاحتمال علوقه من غير الزنا بأن يكون بشبهة، فلا يرد صحة تزوج الحبل من زنا، تأمل.

(قوله: إلا أن يُفرَّق بأن ماء الزنا لا اعتبار له إلخ) نعم وإن كان لا اعتبار بماء الزنا إلا أنها يحتمل أنها علقت منه، فإذا جامعها الزوج وأنت بولد لستة أشهر يُنسب إليه مع أنه في الحقيقة على هذا الاحتمال من الزنا، فيُبدُ الاستبراء لدفع هذا الاحتمال، إذ توهم الشُّغْلُ بماء الزنا مُحَقِّقٌ بل لو قال قاتل بالوجوب لا يُعَدُّ نظير ما مرَّ عن "الفتح" في تزويج الأمة الموطوعة، وهذا يؤيد ما يأتي عن "الوهابية" من وجوب استبراء الزوجة الزانية.

(١) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في المهرمات ١/١٩٥.

(٢) "مختارات النوازل": كتاب النكاح - فصل: رجل زنى بامرأة فحبلت منه ق ٥١/١.

(٣) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في المهرمات ١/١٩٥.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٨ب.

فمنسوخٌ بآية ﴿فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء - ٣]، وفي آخرِ حَظَرِ "المجتبى": ((لا يجبُ على الزَّوج.....

[١١٤٢٨] (قوله: فمنسوخٌ بآية ﴿فَأَنكِحُوا﴾ إلخ) قال في "البحر"^(١): ((بدليل الحديث: أنَّ رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، إنَّ امرأتِي لا تَدْفَعُ يَدَ لَامِسٍ، فقال عليه الصَّلَاةُ والسَّلَام: «طَلَّقْهَا»، فقال: إِنِّي أُحِبُّهَا وهي جميلة، فقال عليه الصَّلَاةُ والسَّلَام: «استمتع بها»^(٢))).

(قوله: قال في "البحر": بدليل الحديث إلخ) في "الزَّيْلَعِي" بعد ذِكر الاستدلال بالحديث على النَّسْخ ما نصَّه: ((أو المراد بالنِّكَاح في الآية الوطء يعني - والله أعلم -: الزَّانِيَةُ لا يَطْوَها إِلَّا زَانٍ في حال الزَّنا، والدَّلِيلُ عليه أَنه قال: ﴿وَالزَّانِيَةُ لَآئِنِكُمْهَا لِأَن زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ ولا يَحِلُّ لِلزَّانِيَةِ الْمُسْلِمَةِ أَنْ تَتَزَوَّجَ بِمُشْرِكٍ ولو كان المراد العقد لحاز، ويجوزُ أَنْ يَكُونَ معنى الآية إخباراً عن رغبةٍ كُلِّ واحدٍ مِنَ الزَّانِي والزَّانِيَةِ في الآخر على معنى: أَنَّ الزَّانِي الفاسق لا يرغبُ إِلَّا في نِكَاحٍ مثله، وقيل: منسوخة بقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيْمَ مِنْكُمْ﴾، ويقول: ﴿فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ (أه)).

(١) "البحر": كتاب النِّكَاح - فصل في المحرمات ١١٤/٣ - ١١٥.

(٢) أخرجه النسائي ١٧٠/٦ كتاب الطلاق - باب في الخلع، و"الكبرى" (٥٣٣٨) كتاب النِّكَاح - باب تحريم تزويج الزَّانِيَةِ، من طريق النضر بن شميل عن حماد بن سلمة عن هارون بن رثاب عن عبد الله بن عبيد بن عمير عن ابن عباس مرفوعاً فذكره، قال النسائي: هذا خطأ والصواب مرسل، خالفه يزيد بن هارون، ثم أخرجه عن يزيد (ح) والبيهقي ١٥٤/٧ عن أبي عمر الضُّرَيْرِي كلاهما عن حماد ثنا عبد الكريم بن أبي المخارق، وهارون عن عبد الله - قال حماد - قال أحدهما عن ابن عباس لكن رواه الماهرزمي في "المحدث الفاضل" ص ٢٤٠ - من طريق أبي داود الطيالسي عن حماد مسنداً وهذا خطأ، وأخرجه الشافعي ص ٢٨٩ - كما في "مسندة" عن ابن عيينة (ح) وعبد الرزاق (١٢٣٦٥) عن معمر كلاهما عن هارون مرسلًا، قال النسائي: هذا الحديث ليس بثابت وعبد الكريم بن أبي المخارق ليس بالقوي، وهارون أثبت منه وقد أرسل الحديث، وهارون ثقة وحديثه أولى بالصواب.

وقال ابن حجر في "الإصابة" ٦٠٦/٣ وروى الطبري ومطين وابن قانع وابن منده وغيرهم من طريق الشوري عن عبد الكريم الجزري عن أبي الزبير عن هشام مولى رسول الله ﷺ فذكره، قال ابن حجر: ورواه عبيد الله بن عمرو الرقي عن عبد الكريم عن أبي الزبير عن جابر وكانه سلك سبيل الجادة اهـ وكذلك رواه موسى بن أعين كالرقي أخرجه البيهقي ١٥٥/٧، والطبراني في "الأوسط" (٤٧٠٧)، وأخرجه ابن عدي في "الكامل" ٤٣٥/٦ من طريق معقل بن عبيد الله عن أبي الزبير به، وأعله أبو حاتم برواية معمر والثوري، وأخرجه أبو داود (٢٠٤٩)، والنسائي ١٧٠/٦ من طريق عكرمة عن ابن عباس نحوه مرفوعاً، وصححه النووي، وقال ابن كثير: هذا إسناد جيد. والذي نرجحه ما ذهب إليه الحافظ ابن كثير من أن المراد أن سجنيتها لا ترد يد لأمس، لا أنَّ المراد أنها تفعل =

تطليق الفاجرة، ولا عليها تسريع الفاجر، إلا إذا خافا أن لا يُقيما حدود الله، فلا بأس أن يتفرقا)، فما في "الوهبانية" ضعيف كما بسطه "المصنف".....

[١١٤٢٩] (قوله: تطليق الفاجرة) الفجور: العصيان كما في "المغرب"^(١).

[١١٤٣٠] (قوله: ولا عليها) أي: بأن تُسيء عشرته، أو تبدل له مالا ليخالعها.

[١١٤٣١] (قوله: إلا إذا خافا) استثناء منقطع؛ لأنَّ التفريق حينئذٍ مندوبٌ بقرينة قوله: ((فلا بأس))، لكن سيأتي^(٢) أولَّ الطلاق: ((أنه يستحبُّ لو مؤذية أو تاركة صلاة، ويجب لو فات الإمساك بالمعروف))، فالظاهر أنه استعمل ((لا بأس)) هنا للوجوب اقتداءً بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَفْقَهَا بَعْدَ وَطْعِهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيهَا أَفَقَدْ تَدْرَأُونَ﴾ [البقرة - ٢٢٩]، فإن نفى البأس في معنى نفى الجناح، فافهم.

[١١٤٣٢] (قوله: فما في "الوهبانية") (إلخ) تفرغ على قوله: ((وله وطؤها بلا استبراء))، قال "المصنف" في "المنح"^(٤): ((فإن قلت: يشكِّل على ما تقدَّم ما في "شرح النظم الوهباني"^(٥): من أنه لو زنت زوجته لا يقربها حتى تحيض لاحتمال علوقها من الزنا، فلا يسقي ماؤه زرع غيره، وصرح الناظم بجرمة وطئها حتى تحيض وتطهر، [٤٠٣ق/١] وهو يمنع من حملِه على قول "حملي"، فإنه إنما يقول بالاستحباب. قلت: ما ذكره في "شرح النظم" ذكره في "التنقيح"^(٦)،

(قول "الشارح": أن لا يُقيما حدود الله إلخ) أي: مواجب الزوجية، كما فسَّر به في الآية.

= الفاحشة؛ فإن رسول الله ﷺ لا يأذن بمصاحبة من هذه صفتها فإن زوجها والحالة هذه يكون ديوثاً، ولكن لما كانت سجنيتها هكذا؛ أمره الشارع بفراقها، فلما ذكر أنه يجبرها رخص له بالبقاء معها، لأنَّ محبتها لها متحققة، ووقوع الفاحشة منها متوهم. انظر "تفسير ابن كثير": سورة النور ٢٧٥/٣.

(١) "المغرب": مادة ((فجر)).

(٢) المقولة [١٢٩١٦] قوله: ((لو مؤذية أو تاركة صلاة)) وما بعدها.

(٣) "الوهبانية": فصل من كتاب الطلاق ص ٢٩ - (هامش "المنظومة المحيية").

(٤) "المنح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١/ق ١١٧/ب.

(٥) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الطلاق ق ١٠٤/أ.

(٦) "التنقيح": - كما في "المنح" - لأبي عبيد شرف الدين قاسم بن حسين الغزنوي الدرارجي (٨٠١هـ). ("كشف الظنون" ١٩٢٥/٢، و"الجواهر المضئية" ٧٠٤/٢، و"تاج التراجيم" ص ١٧٨-).

(و) صَحَّ نِكَاحُ (المُضْمُومَةِ إِلَى مُحْرَمَةٍ، وَالْمُسَمَّى) كُلُّهُ (لَهَا) وَلَوْ دَخَلَ بِالْمُحْرَمَةِ
فَلَهَا مَهْرُ الْمَثَلِ.....

وهو ضعيف، قال في "البحر"^(١): لو تَزَوَّجَ بامرأةٍ الغَيْرِ علماً بذلك ودخلَ بها لا تجبُ العِدَّةُ عليها،
حَتَّى لَا يَحْرُمَ عَلَى الزَّوْجِ وطؤها، وبه يُقْتَى؛ لِأَنَّهُ زَنَّا، وَالزَّنْيُ بِهَا لَا تَحْرُمُ عَلَى زَوْجِهَا. نعم لو
وَطَّئَهَا بشبهةٍ وَجَبَ عليها العِدَّةُ وَحَرَّمَ عَلَى الزَّوْجِ وطؤها، ويمكنُ حملُ ما في "الثَّنْبِ" على هذا. اهـ.
[١١٤٣٣] (قوله: والمُضْمُومَةُ إِلَى مُحْرَمَةٍ) بالتشديد، كأنَّ تَزَوَّجَ امرأتين في عَقْدٍ واحدٍ
إحداهما محلٌّ والأخرى غيرُ محلٍّ؛ لكونها مُحْرَمًا أو ذات زوجٍ أو مُشْرِكَةً؛ لِأَنَّ الْمُطِئِلَ
في إحداهما، فَيَقْدَرُ بقدره، بخلاف ما إذا جَمَعَ بين حُرٍّ وعَبْدٍ وباعَهما صفقةً واحدةً حيث
يَطْلُ البَيْعُ في الكلِّ؛ لِما أَنَّهُ يَطْلُ بالشُّروطِ الفاسدة بخلاف النِّكَاحِ، "نهر"^(٢).

[١١٤٣٤] (قوله: وَالْمُسَمَّى كُلُّهُ لَهَا) أي: لِلْمُحَلَّلَةِ عند "الإمام" نظراً إلى أَنَّ ضَمَّ الْمُحْرَمَةِ
في عَقْدِ النِّكَاحِ لغوٌ كَضَمِّ الْجِدَارِ لِعَدَمِ الْحُلِيِّ، وَالانْقِسَامُ من حَكَمِ الْمَسَاوَةِ في الدُّخُولِ في
العَقْدِ، وَلَمْ يَجِبِ الْحُدُّ بِوَطْءِ الْمُحْرَمَةِ؛ لِأَنَّ سَقُوطَهُ من حَكَمِ صُورَةِ الْعَقْدِ لَا من حَكَمِ
انْعِقَادِهِ، فليس قوله بعدمِ الانْقِسَامِ بناءً على عَدَمِ الدُّخُولِ في الْعَقْدِ منافيّاً لقوله بسقوطِ الْحُدِّ
لوجودِ صُورَةِ الْعَقْدِ كما تَوَهَّم، وعندهما يُقَسَّمُ على مهرٍ مثليهما، وتَمَامُهُ في "البحر"^(٣).

[١١٤٣٥] (قوله: فَلَهَا مَهْرُ الْمَثَلِ) أي: بِالْغَا مَا بَلَغَ كما في "المبسوط"^(٤)، وهو الأصحُّ،
وما ذَكَرَهُ في "الزِّيَادَاتِ": ((من أَنَّهُ لَا يُجَاوِزُ الْمُسَمَّى)) فهو قولُهما كما في "التَّبْيِينِ"^(٥)،
وإنَّما وَجَبَ بِالْغَا مَا بَلَغَ على ما في "المبسوط"^(٦) لِأَنَّهُمَا لَمْ تَدْخُلَا في الْعَقْدِ كما قَدَّمْنَاهُ^(٧) عن
"البحر"، فلا اعتبارَ لِلتَّسْمِيَةِ أَصْلًا.

(١) "البحر": كتاب الطلاق - باب العدة ١٥١/٤.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ق ١٦٨/ب.

(٣) انظر "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٥/٣.

(٤) "المبسوط": كتاب النكاح ٢٠٢/٤.

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٥/٢.

(٦) "المبسوط": كتاب النكاح ٢٠٢/٤.

(٧) في المقولة السابقة.

(وبطلَ نكاحُ مُتْعَةٍ^(١) ومُؤَقَّتٍ).....

فإن قلت: ما الفرقُ بينهما وبين ما إذا تزوجَ أختين في عُقْدَةٍ واحدةٍ ودخلَ بهما، حيث أوجبتُم لكلٍّ منهما الأقلَّ من مهرِ المثل والمُسَمَّى؟! قلت: هو أنَّ كلَّ واحدةٍ منهما محلٌّ لإيرادِ العُقْدِ عليها، وإنما المُنْتَعُ الجمعُ بينهما، فلذلك قلنا بدخولهما في العُقْدِ بخلاف ما هنا، فإنَّ المُحَرَّمةَ ليست محلاً أصلاً، والله تعالى الموفق، "ح"^(٢).

[١١٤٣٦] (قوله: وبطلَ نكاحُ مُتْعَةٍ ومُؤَقَّتٍ) قال في "الفتح"^(٣): ((قال "شيخ الإسلام" في الفرقِ بينهما: أن يذكرَ الوقتَ بلفظِ النكاحِ [٣/٤٠٠ ق/ب] والتزويج، وفي المتعة: أتمتع أو أستمتع اه، يعني: ما اشتملَ على مادَّةٍ مُتْعَةٍ. والذي يظهرُ مع ذلك عدمُ اشتراطِ الشُّهُودِ في المتعة

(قوله: أن يذكرَ الوقتَ إلخ) عبارة "الفتح": ((الموقت)) بالميم قبل الواو.

(١) في "د" زيادة: ((قوله: متعة، قال الزليعي: واشتهر عن ابن عباس تحليلها. وتبعه على ذلك أكثر الصحابة من أهل اليمن ومكة، وكان يستدلُّ على ذلك بقوله: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ وعن عطاء أنه قال: سمعت جابرًا يقول: تمتعنا على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر ونصف من خلافة عمر، ثم نهى الناس عنه، وهو يحكى عن أبي سعيد الخدري، وإليه ذهب الشيعة، وخالفوا علياً وأكثر أصحابه، والحجة عليهم ما روي أنه عليه الصلاة والسلام حرَّمها يوم الفتح. رواه مسلم، فثبت نسخه. وقال بعضهم: نسخت بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ يَحْفَظُونَ﴾ [١٥٤ ق/ب] **أُزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ** وهي ليست من أزواجهم، بدليل انتفاء حكم النكاح عنها، وانتفاء شرطه من وجوب النفقة والسكنى والطلاق والعدة والإرث وصحة الإيلاء والظهار والشهود، ولا هي ممَّا ملكت الأيمان؛ فيجب حفظ الفرج والتباعد منها؛ إذ هي ليست من المستثناة، وعنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: ((كنت أدنت لكم في الاستمتاع من النساء وقد حرَّم الله تعالى ذلك إلى يوم القيامة)) رواه مسلم. والجواب عما تلوا من الآية أنَّ المراد بالاستمتاع منهنَّ النكاح، والمهر يسمى أجرة، قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ كُنْتُمْ لَا تَرْضَوْنَ مِنَ الْأَرْوَاحِ مَا تَرْضَوْنَ مِنَ الْمَبَاحِثِ فَاتُّبَعُوا أَرْوَاحَهُمْ﴾ [١٥٤ ق/ب] والجواب عن حديث جابر: إنما كان يفعل ذلك مراراً من لم يبلغه الفسخ، ثم بلغهم فتركوه. انتهى ملخصاً، فليراجع. ١/١٥٤.

نقول: ويروى رجوع سيدنا ابن عباس رضي الله عنهما إلى قول جمهور الصحابة، والله تعالى أعلم.

(٢) "ح" - كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٧/١.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٣/١٤٩.

وتعيين المدّة، وفي الموقتّ الشّهود وتعيينها، ولا شكّ أنّه لا دليل لهم على تعيين كون المتعة الذي أبيع ثم حرّم هو ما اجتمع فيه مادّة (م ت ع)؛ للقطع من الآثار بأنّه «كان أذن لهم في المتعة»، وليس معناه: أنّ من باشر هذا يلزمه أن يحاطبها بلفظ: أتمتع ونحوه؛ لما عرفت أنّ اللفظ يطلّق ويراد معناه، فإذا قيل: تمتعوا فمعناه: أوجدوا معنى هذا اللفظ، ومعناه المشهور أن يوجد عقداً على امرأة لا يراد به مقاصد عقد النكاح من القرار للولد وتربيته، بل إلى مدّة معينة ينتهي العقد بانتهائها، أو غير معينة. بمعنى بقاء العقد ما دام معها إلى أن ينصرف عنها فلا عقد، فيدخل فيه ما بمادّة المتعة والنكاح الموقت أيضاً، فيكون من أفراد المتعة وإن عقد بلفظ التزويج وأحضر (الشهود) أهراماً ملخصاً. وتبعه في "البحر" ^(١) و"النهر" ^(٢).

ثم ذكر في "الفتح" ^(٣) أدلة تحريم المتعة، و«أنّه كان في حجة الوداع، وكان تحريم تأييد لا خلاف فيه بين الأئمة وعلماء الأمصار إلا طائفة من الشيعة، ونسبة الجواز إلى "مالك" كما وقع في "الهداية" ^(٤) ^(٥) غلط»، ثم رجّح قول "زفر" بـ «صحّة الموقت على معنى أنّه ينعقد مؤبداً ويلغو التوقيت؛ لأنّ غاية الأمر أنّ الموقت متعة وهو منسوخ، لكن المنسوخ ^(٦) معناها الذي كانت الشرعيّة ^(٧) عليه، وهو ما ينتهي العقد فيه بانتهاء المدّة، فالغاء شرط التوقيت أثر النسخ،

(١) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٥/٣.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - أسباب الحرمة ١٦٨ ق/ب.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٥١/٣-١٥٢.

(٤) في "د" زيادة: «(لكن في المضمرات: لو أباح صار كافراً، وفي "العمادية": لو قضى: مجاوزه لم يحز، لكن لا تعزير فيه ولا حد ولا رجم ولا طلاق ولا إيلاء ولا إرث، وعن أبي حنيفة: لو قال: أتزوجك متعة ينعقد النكاح، ولغا قوله: متعة، كما في "الحانية" ذكره "القهستاني")». ق ١٥٤/أ.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٩٥/١.

(٦) «(المنسوخ) ساقطة من "٣"».

(٧) في "م": «(الشرعية)».

وإن جُهِلَتِ المدة أو طالت في الأصح، وليس منه ما لو نكحها على أن يُطلقها بعد شهر،

وأقرب نظير إليه نكاح الشغار، وهو أن يجعل بضعة كل من المرأتين مهراً للأخرى، فإنه صحَّ النهي عنه^(١)، وقلنا: يصحُّ موجياً لمهر المثل لكل منهما، فلم يلزمنا النهي، بخلاف ما لو عقد بلفظ المتعة وأراد النكاح الصحيح المؤبد، فإنه لا ينعقد وإن حضره الشهود؛ لأنه لا يفيد ملك المتعة كلفظ الإحلال، فإن من أحلَّ غيره طعاماً لا يملكه، فلم يصلح مجازاً عن معنى النكاح كما مرَّ^(٢) اهـ ملخصاً.

[١١٤٣٧] (قوله: وإن جُهِلَتِ المدة) كأن يتزوجها إلى أن ينصرف عنها كما تقدَّم^(٣)،

"ح" (٤).

[١١٤٣٨] (قوله: أو طالت في الأصح) كأن [١/٤١ق/٣] يتزوجها إلى مائتي سنة، وهو ظاهر المذهب، وهو الصحيح كما في "المعراج"؛ لأنَّ التوقيت هو المعين لجهة المتعة، "بجر" (٥).

[١١٤٣٩] (قوله: وليس منه إلخ) لأنَّ اشتراط القاطع يدلُّ على انعقاده مؤبداً، وبطل الشرط، "بجر" (٦).

٢٩٣/١

(١) أخرجه مالك في "الموطأ" ٤٢٢/٤ كتاب النكاح - باب جامع ما لا يجوز من النكاح، وأحمد ١٩٠٧/٢-٦٢، والبخاري (٥١١٢) كتاب النكاح - باب الشغار، ومسلم (١٤١٥) كتاب النكاح - باب تحريم نكاح الشغار وطلانه، وأبو داود (٢٠٧٤) كتاب النكاح - باب في الشغار، والترمذي (١١٢٤) كتاب النكاح - باب ما جاء في النهي عن نكاح الشغار، وقال: هذا حديث حسن صحيح، والنسائي ١١٠/٦-١١١ كتاب النكاح - باب الشغار، و١١٢/٦ باب تفسير الشغار، وفي "الكبرى" (٥٤٩٤) كتاب النكاح - باب النهي عن الشغار، و(٥٤٩٧) باب تفسير الشغار، وابن ماجه (١٨٨٣) كتاب النكاح - باب النهي عن الشغار، والبيهقي في "السنن الكبرى": ١٩٩/٧ كتاب النكاح - باب جماع أبواب الأنكحة التي نهى عنها - باب الشغار، وأبو يعلى (٥٨١٩)، وابن عبد البر في "التمهيد" ٧٠/١٤، وأورده ابن حجر في "التلخيص الحبير" ١٥٣/٣ باب أركان النكاح. كلهم من حديث ابن عمر مرفوعاً أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار، والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر، وفي الباب عن أبي هريرة، وأنس، ومعاوية رضي الله عنهم أجمعين.

(٢) في المقولة نفسها.

(٣) في المقولة نفسها.

(٤) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٧/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٦/٣.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٦/٣.

أَوْ نَوَى مُكْنَتَهُ مَعَهَا مَدَّةً مُعَيَّنَةً، وَلَا بَأْسَ بِتَزْوُجِ النَّهَارِيَّاتِ، "عيني" (١).
(و) يَجِلُّ (له) وطءُ امرأةٍ ادَّعَتْ عليه) عند قاضٍ (أنَّه تزَوَّجَهَا).....

[١١٤٤٠] (قوله: أَوْ نَوَى إلخ) لَأَنَّ التَّوَقُّيْتَ إِنَّمَا يَكُونُ بِاللَّفْظِ، "بجر" (٢).

[١١٤٤١] (قوله: وَلَا بَأْسَ بِتَزْوُجِ النَّهَارِيَّاتِ) وَهُوَ أَنَّ يَتَزَوَّجَهَا عَلَى أَنَّ يَكُونَ عِنْدَهَا نَهَاراً دُونَ اللَّيْلِ، "فتح" (٣). قَالَ فِي "الْبَحْرِ" (٤): ((وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَكُونَ هَذَا الشَّرْطُ لَازِماً عَلَيْهَا، وَهِيَ أَنْ تَطْلُبَ الْمَبِيتَ عِنْدَهَا لَيْلاً لِمَا عُرِفَ فِي بَابِ الْقَسَمِ)) اهـ، أَي: إِذَا كَانَ لَهَا ضَرَّةٌ غَيْرُهَا، وَشَرَطَ أَنْ يَكُونَ فِي النَّهَارِ عِنْدَهَا وَفِي اللَّيْلِ عِنْدَ ضَرَّتِهَا، أَمَّا لَوْ لَا ضَرَّةٌ لَهَا فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا الطَّلَبُ، خُصُوصاً إِذَا كَانَتْ صَنَعَتْهُ فِي اللَّيْلِ كَالْحَارِسِ، بَلْ سَيَأْتِي (٥) فِي الْقَسَمِ عَنِ الشَّافِعِيِّ: ((أَنَّ نَحْوَ الْحَارِسِ يَقْسِمُ بَيْنَ الزَّوْجَاتِ نَهَاراً))، وَاسْتَحْسَنَهُ فِي "النَّهْرِ" (٦).

[١١٤٤٢] (قوله: وَيَجِلُّ لَهُ إلخ) وَكَذَا يَجِلُّ لَهَا تَمَكُّينُهُ مِنَ الْوَطْءِ، نَعَمْ الْإِثْمُ فِي الْإِقْدَامِ عَلَى الدَّعْوَى الْبَاطِلَةِ كَمَا فِي "الْبَحْرِ" (٧)، وَثَبُوتُ الْحِلِّ مَبْنِيٌّ عَلَى قَوْلِ "الإِمَامِ" بِنَفْوِذِ الْقَضَاءِ بِهَذَا النِّكَاحِ بَاطِئاً، وَكَذَا يَنْفَذُ ظَاهِراً اتِّفَاقاً، فَتَجِبُ النِّفْقَةُ وَالْقَسَمُ وَغَيْرُ ذَلِكَ.

[١١٤٤٣] (قوله: عِنْدَ قَاضٍ) هَلِ الْمُحْكَمُ مِثْلُهُ؟ لِيُحَرَّرَ، "ط" (٨).

قُلْتُ: الظَّاهِرُ نَعَمْ؛ لِأَنَّهُمْ إِنَّمَا فَرَّقُوا بَيْنَهُمَا فِي أَنَّهُ لَا يَحْكُمُ بِقَضَائِهِ وَحْدَهُ (٩) وَدِيَّةٍ عَلَى عَاقِلَةٍ.

(قوله: الظَّاهِرُ نَعَمْ؛ لِأَنَّهُمْ إِنَّمَا فَرَّقُوا إلخ) بَلْ مُقْتَضَى قَوْلِهِمْ قَاضٍ أَنَّ الْمُحْكَمَ لَيْسَ كَذَلِكَ؛ فَإِنَّ مَفْهُومَ

(١) "رِزْمُ الْحَقَائِقِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ١/١٤٤.

(٢) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ٣/١١٦.

(٣) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ٣/١٥٢.

(٤) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ٣/١١٦.

(٥) انْظُرِ "الدَّر" عِنْدَ الْمَقُولَةِ [١٢٧٤٤] قَوْلُهُ: ((وَهُوَ حَسَنٌ)).

(٦) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - أَسْبَابُ الْحَرَمَةِ ق ١٦٩/١.

(٧) "الْبَحْرُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي وَغَيْرِهِ ٧/١٧.

(٨) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْمَحْرَمَاتِ ٢/٢٤.

(٩) فِي "ب": ((بِقَضَائِهِ حُدٌّ)) بَلَا وَآو.

بنكاح صحيح (وهي) أي: والحال أنها (محلّ للإنشاء) أي: لإنشاء النكاح خالية عن الموانع (وقضى القاضي بنكاحها بيّنة) أقامتها (ولم يكن) في نفس الأمر (تزوّجها، وكذا) تجلّ له (لو ادّعى هو نكاحها) خلافاً لهما، وفي "الشرنبلالية"^(١) عن "المواهب":

[١١٤٤٤] (قوله: بنكاح صحيح) احتزّز به عن الفاسد؛ لأنه لا يفيدُ حِلَّ الوطء ولو صدرَ حقيقةً، "ط"^(٢).

[١١٤٤٥] (قوله: خالية عن الموانع) تفسيراً لكونها محلّاً للإنشاء، والموانعُ مثلُ كونها مُشركةً، أو محرماً له، أو زوجةً الغير^(٣)، أو مُعتدّةً، "ح"^(٤).

[١١٤٤٦] (قوله: وقضى القاضي بنكاحها) ويُسْتَرْطُ لنفاذِ القضاء باطناً عند "الإمام" حضورَ شهودٍ عند قوله: قُضِيَ، وبه أخذَ عامّةُ المشايخ، وقيل: لا؛ لأنَّ العقدَ ثَبَتَ مقتضى صحّةِ قضاؤه في الباطن، وما ثَبَتَ مقتضى صحّةِ الغير لا يَثْبُتُ بشرائطِهِ كالبيع في قوله: أُعْتُقَ عبدكُ عني بالقب، وفي "الفتح"^(٥): ((أنه الأوجه))، ويدلُّ عليه إطلاقُ المتون، "بحر"^(٦).

قلت: لكنْ ذَكَرَ في "البحر"^(٧) في كتابِ القاضي إلى القاضي: ((أنَّ المعتمدَ الأوّلَ)).

[١١٤٤٧] (قوله: ولم يكن إلخ) الجملةُ حاليةٌ.

[١١٤٤٨] (قوله: خلافاً لهما) راجعٌ للمسألتين، وهذا بناءً على أَنَّهُ لا يَنْفُذُ القضاءُ باطناً

الكتبُ معتبرٌ، ويُعْمَلُ به ما لم يوجد ما يُخالفُهُ، وأيضاً قد جعلوا القاضي مُنشئاً له حكماً؛ إذ له ولايةٌ ذلك في الجملة، وقد فصلوا فيما يأتي في القضاء بين ما يُمكنُ إنشاؤه للقاضي وبين ما لا يُمكنُ، فجوّزوه في الأوّل دون الثاني، وتحكيهُما لا يقتضي إثبات ولاية النكاح له، تأمل.

(١) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ٣٣٤/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٢) "ط": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ٢٤/٢.

(٣) ((الغير)) ساقطة من "الأصل".

(٤) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٧/ب.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٥٥/٣.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٦/٣.

(٧) "البحر": كتاب القضاء وغيره ١٧/٧.

((وبقولهما يُفْتَى)).

(ولو قَضَى بطلانها بشهادة الزور مع عِلْمِها) بذلك نَفَذَ، وَ(حَلَّ لها التَّرَوُّجُ

بِأَخَرِ بَعْدَ الْعِدَّةِ،.....

عندهما بشهادة الزور ولو في العُقُودِ والفُسُوحِ؛ لأنَّ القاضي أخطأَ الحُجَّةَ؛ إذ الشُّهُودُ كَذَبَةٌ، وله أنَّ الشُّهُودَ [٤١/٣/ب] صَدَقَ عنده، وهو الحُجَّةُ؛ لتَعَذُّرِ الوقوفِ على حَقِيقَةِ الصِّدْقِ، وأَمَكَنَ تَفْهِيمَ القَضَاءِ باطلاً بِتَقْدِيمِ النِّكَاحِ، فَيَنْفَذُ قِطْعاً لِلْمَنَازَعَةِ، وَطَعَنَ فِيهِ بَعْضُ الْمَغَارِبَةِ بِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ قِطْعُ الْمَنَازَعَةِ بِالطَّلَاقِ، فَأَجَابَهُ "الأَكْمَلُ": ((بأنَّك إن أردتَ الطَّلَاقَ غيرَ المشروعِ فلا يُعْتَبَرُ، أو المشروعِ ثَبَتَ المطلوبُ؛ إذ لا يَتَحَقَّقُ إلَّا في نِكَاحٍ صَحِيحٍ))، وَتَعَقُّبُهُ تَلْمِيزُهُ "قَارِئُ الْهَدَايَةِ": ((بأنَّ له أن يَريدَ غيرَ المشروعِ لِيَكُونَ طَرِيقاً لِقِطْعِ الْمَنَازَعَةِ))، وَتَعَقُّبُهُمَا تَلْمِيزُهُ "ابنُ الْهَمَامِ"^(١): ((بأنَّ الْحَقَّ التَّفْصِيلُ، وَهُوَ أَنَّهُ يَصْلُحُ لِقِطْعِ الْمَنَازَعَةِ إِنْ كَانَتْ هِيَ الْمُدَّعِيَّةُ، أَمَّا لَوْ كَانَ هُوَ الْمُدَّعِي فَلَا يُمْكِنُهَا التَّخْلُصُ مِنْهُ إِلَّا بِالْإِفْذَالِ بَاطِناً مَعَ أَنَّ الْحُكْمَ أَعْمٌ مِنْ دَعَوَاهَا أَوْ دَعَوَاهُ)).

[١١٤٤٩] (قَوْلُهُ: وَبِقَوْلِهِمَا يُفْتَى) قَالَ "الْكَمَالُ"^(٢): ((وَقَوْلُ "الإِمَامِ" أَوْجَهُ))، وَاسْتَدَلَّ لَهُ بِ- ((دَلَالَةِ الإِجْمَاعِ عَلَى أَنَّ مَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً، ثُمَّ ادَّعَى فَسْخَ بَيْعِهَا كَذِباً وَبَرَهَنَ، فَقَضِي بِهِ حَلُّ اللَّبَائِعِ وَطَوُّهَا وَاسْتِخْدَامُهَا مَعَ عِلْمِهِ بِكَذِبِ دَعْوَى الْمُشْتَرِي، مَعَ أَنَّهُ يُمْكِنُهُ التَّخْلُصُ بِالْعَتَقِ وَإِنْ كَانَ فِيهِ إِتْلَافٌ مَالِهِ، فَإِنَّهُ ابْتُلِيَ بِبَلِيَّتَيْنِ، فَعَلِيهِ أَنْ يَخْتَارَ أَهْوَنَهُمَا، وَذَلِكَ مَا يَسْلَمُ لَهُ فِيهِ دِينُهُ)) أَهـ. وَلِلْعَلَامَةِ "قَاسِمٍ" رِسَالَةً فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَطَالَ فِيهَا الِاسْتِدْلَالَ لِقَوْلِ "الإِمَامِ"، فَراجِعْهَا.

(قَوْلُهُ: مَعَ أَنَّهُ يُمْكِنُهُ التَّخْلُصُ بِالْعَتَقِ إلخ) قَدْ يَقَالُ: إِنَّ الْعَتَقَ فَرَعٌ عَنْ ثُبُوتِ الْمِلْكِ، فَإِنْ كَانَ ثَابِتاً فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْعَتَقِ، وَإِلَّا فَلَا يُجْدِيهِ نَفْعاً أَهـ. مِنْ "حَاشِيَةِ الْبَحْرِ". وَقَدْ يَقَالُ: مُرَادُهُ بِالْعَتَقِ اللَّغَوِيُّ أَيْ: أَنَّهُمْ أَجْمَعُوا عَلَى حِلِّ وَطَوِّهَا مَعَ أَنَّهُ يُمْكِنُهُ التَّخْلُصُ بِتَرْكِهَا، تَأَمَّلْ.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٥٥/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١٥٦/٣.

وَحَلَّ لِلشَّاهِدِ زَوْراً (تَزَوُّجُهَا، وَحَرَمَتْ عَلَى الْأَوَّلِ) وعند "الثاني" لا تَحِلُّ لهما، وعند "محمد" تَحِلُّ لِلأَوَّلِ ما لم يدخل الثاني، وهي من فروع القضاء بشهادة الزور كما سيجيء^(١)

قلت: وحيث كان الأوجه قول "الإمام" من حيث الدليل على ما حَقَّقَهُ في "الفتح" وفي تلك الرسالة فلا يُعَدَّلُ عنه؛ لِما تَقَرَّرَ أَنَّهُ لا يُعَدَّلُ عن قول "الإمام" إلَّا لضرورة أو ضعف دليله كما أوضحناه في "منظومة رسم المفتي" و"شرحها"^(٢).

[١١٤٥٠] (قوله: وحلَّ للشَّاهد) وكذا لغيره بالأوَّل؛ لعدم علمه بحقيقة الحال.

[١١٤٥١] (قوله: لا تَحِلُّ لهما) أي: للزوج المقضي عليه والزَّوج الثاني، أمَّا الثاني فظاهر بناءً على أنَّ القضاء بالزَّور لا ينفذُ باطناً عندهما، و^(٣) أمَّا الأوَّل فلائِنَّ الفُرقة وإن لم تقع باطناً لكنَّ قول "أبي حنيفة" أورثَ شبهةً، ولأنَّه لو فَعَلَ ذلك كان زانياً عند النَّاس فيَحُدُّونه، كذا في "رسالة العلامة قاسم".

[١١٤٥٢] (قوله: ما لم يدخل الثاني) فإذا دخلَ بها حَرَمَتْ عَلَى الْأَوَّلِ لوجوب العِدَّة كالنكوحه إذا وطئت بشبهة، "بجر"^(٤).

[١١٤٥٣] (قوله: وهي) أي: هذه المسائلُ الثلاث.

[١١٤٥٤] (قوله: كما سيجيء) أي: في كتاب [٢/٤٢٣] القضاء.

(قوله: فلا يُعَدَّلُ عنه لِما تَقَرَّرَ إلخ) تقدَّم له أنَّ العبرة لِما رجَّحه المشايخُ فيما وقع فيه الاختلافُ بين أئمة المذهب بالنسبة لمن لم يكن له قوَّة المَترُك، وأنَّ العبرة لقوَّة الدَّليل في التَّرجيح بالنسبة لغيره، فعلى هذا علينا العملُ بقول الصَّاحِبَيْنِ تبعاً لتَّرجيح "الشُّرْبُلالي" عن "المواهب" وإن كان دليلُ الإمام أوجه، تأمَّل.

(١) انظر "الدر" عند المقالة [٢٦٣٤٠] قوله: ((والفسوخ)).

(٢) انظر "مجموع رسائل ابن عابدين": ٢٧/١.

(٣) من ((أما الثاني)) إل (عندهما و) ساقط من "أ".

(٤) "البحر": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ١١٦/٣.

(وَالنِّكَاحُ لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ) كَتَزَوَّجْتُكَ إِنْ رَضِيَ أَبِي لَمْ يَنْعَقِدِ النِّكَاحُ
لتعليقه بالخطر كما في "العمادية" وغيرها، فما في "الدُّرر" فيه نظر، (ولا إضافته
إلى المستقبل).....

[١١٤٥٥] (قوله: وَالنِّكَاحُ لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ) المراد أَنَّ النِّكَاحَ الْمُعْلَقَ بِالشَّرْطِ
لَا يَصِحُّ^(١)، لا ما يُؤهِمُهُ ظاهر العبارة من أَنَّ التَّعْلِيْقَ يلغو، ويبقى الْعَقْدُ صحيحاً كما في
المسألة الآتية^(٢)، وهذا منشأ تَوَهُّمِ "الدُّرر" الآتي^(٣).
[١١٤٥٦] (قوله: لتعليقه بالخطر) يفتح الخاء المعجمة والطاء المهملة: ما يكون معدوماً
يُتَوَقَّعُ وجوده. اهـ "ح"^(٤).

[١١٤٥٧] (قوله: فما في "الدُّرر"^(٥)) حيث قال: ((لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُ النِّكَاحِ بِالشَّرْطِ مِثْلُ:
أَنْ يَقُولَ لِبَنْتِهِ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ زَوَّجْتُكَ فَلَانًا، وَقَالَ فَلَانٌ: تَزَوَّجْتُهَا، فَإِنَّ التَّعْلِيْقَ لَا يَصِحُّ
وإنَّ صَحَّ النِّكَاحُ)).

[١١٤٥٨] (قوله: فيه نظر) لأنه صرَّحَ بعدمِ صَحَّةِ النِّكَاحِ^(٦) المُعْلَقِ في "الفتح"^(٧)،
و"الخلاصة"^(٨)، و"البرازية"^(٩) عن "الأصل"، و"الحانية"^(١٠)، و"التتارخانية"^(١١)، و"فتاوى

٢٩٤/٢

(١) من ((تعليقه)) إلى ((لا يصح)) ساقط من "٣".

(٢) "در" ص ١٧٨.

(٣) المقلوبة [١١٤٦١] قوله: ((ولكن لا يبطل إلخ)).

(٤) "ح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١٥٧/ب.

(٥) "الدُرر": كتاب النكاح ١/٣٣٤.

(٦) من ((بالشرط)) إلى ((صحة النكاح)) ساقط من "٣".

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٥/٣.

(٨) ((في الفتح)) ساقط من "الأصل".

(٩) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل السادس عشر في الشروط والخيار في النكاح ق ٨٥/ب.

(١٠) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل السادس عشر في الشروط والخيار فيه ١٥٣/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(١١) "الحانية": كتاب النكاح - باب في المهر - الفصل السادس عشر في جهاز البنت ٣٢٨/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(١٢) "التتارخانية": كتاب النكاح - الفصل الرابع في الشروط - الخيار في النكاح ٦٠٠/٢.

كَتَزَوْجَتُكَ غَدًا أَوْ بَعْدَ غَدٍ^(١) لم يصحَّ (ولكن لا يبطل) النكاح (بالشرط الفاسد، و) إنما يبطل الشرط دونَه، يعني: لو عقَدَ مع شرطٍ فاسدٍ لم يبطل النكاح بل الشرط، بخلاف ما لو علَّقه بالشرط (إلا أن يعلَّقه بشرط).....

أبي الليث، و"جامع الفصولين"^(٢)، و"القنية"^(٣)، ولعله اشتبه عليه النكاح المعلق على شرط بالنكاح المشروط معه شرط فاسد، وبينهما فرق واضح، "شرنبلالية"^(٤).

[١١٤٥٩] (قوله: ك: تَزَوَّجْتُكَ) بفتح كاف الخطاب.

[١١٤٦٠] (قوله: لم يصحَّ) كلام المتن غني عنه.

[١١٤٦١] (قوله: ولكن لا يبطل إلخ) لما كان يُتوهم أنه لا فرق بين النكاح المعلق بالشرط الفاسد والمقرون بالشرط الفاسد - كما وقع لـ "صاحب الدرر"^(٥) - أتى بالاستدراك وإن كان الثاني مسألة مُستقلة، ولذا قال "الشارح" بعده: ((بخلاف ما لو علَّقه بالشرط))، وفيه تنبيه على منشأ وهم "الدرر"، فافهم.

[١١٤٦٢] (قوله: يعني: لو عقَدَ) أتى بالعناية لإيهام كلام "المصنف" أن هذا من تممة المسألة الأولى مع أنه مسألة مُستقلة، وإنما أتى في أولها بالاستدراك للتنبيه المار^(٦).

[١١٤٦٣] (قوله: مع شرط فاسد) كما إذا قال: تَزَوَّجْتُكَ على أن لا يكون لك مهر، فيصح النكاح، ويفسد الشرط، ويجب مهر المثل.

[١١٤٦٤] (قوله: إلا أن يعلَّقه) استثناء من قوله: ((لا يصح تعليقه بالشرط)).

(قوله: بفتح كاف الخطاب) غير متعين.

(١) في "و": ((عدتي)) بدل ((غد)).

(٢) "جامع الفصولين": الفصل السادس والعشرون فيما يبطل من العقود بالشرط وما لا يبطل ٢/٢.

(٣) "القنية": كتاب النكاح - الباب الأول في الألفاظ التي يتعقد بها النكاح وما يتعلق به ٣/١٣.

(٤) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ٣٣٤/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٥) انظر "الدرر": كتاب النكاح ٣٣٤/١.

(٦) في المقولة السابقة.

ماضي (كائن) لا محالة (فيكون تحقيقاً) فيَعْقِدُ في الحال، كأنْ حطَبَ بنتاً لابنِهِ، فقال أبوها: زَوَّجْتُهَا قَبْلَكَ مِنْ فلان، فكَذَبَهُ، فقال: إنْ لم أكنْ زَوَّجْتُهَا لفلان فقد زَوَّجْتُكُهَا لابْنِكَ، فَقَبِلَ ثُمَّ عَلِمَ كَذِبَهُ انْعَقَدَ لتعليقِهِ بموجودٍ، وكذا إذا وَجِدَ المعلقُ عليه في المجلس، كذا ذكره "جوي زاده"^(١)، وعممه "المصنف" بحثاً،

[١١٤٦٥] (قوله: ماضي) أي: مستمرٌ إلى الحال، وقيدَ به احترازاً عن تعليقه بمستقبل كائن لا محالة كمجيء الغد، وقوله: ((كائن)) وإن كان اسم فاعلٍ - وهو حقيقة في المتلبس بالفعل في الحال - لكنه يستعمل بالمعنى الثاني، فافهم.

[١١٤٦٦] (قوله: وكذا إلخ) عطفٌ على قوله: ((إلا أنْ يُعْلَقَهُ))، ومثاله ما في "المنح"^(٢) عن "الفصول العمادية"^(٣): ((لو قال: تَزَوَّجْتُكَ بِألفٍ درهمٍ إنْ رَضِيَ فلانُ اليومَ، فإنْ كان فلانٌ حاضراً فقال: رَضِيتُ جازَ النكاحُ استحساناً، وإنْ كان غيرَ حاضرٍ لم يَجُزْ)). اهـ. [٣/٤٢٠ ب]

[١١٤٦٧] (قوله: وعممه "المصنف"^(٤) بحثاً) حيث قال بعد كلام "العمادية": ((وينبغي أنْ يجري هذا التفصيلُ في مسألةِ التعليقِ برضا الأب؛ إذ لا فرقُ بينهما فيما يظهر)) اهـ، أي: لا فرقُ بين: إنْ رَضِيَ أبِي أو إنْ رَضِيَ فلانُ في التفصيلِ فيهما.

قلت: بل إذا جازَ التعليقُ برضا فلانِ الأجنبيِّ الحاضرِ يجوزُ تعليقهُ برضا الأبِ بالأولى؛ لأنَّ الأبَ له ولايةٌ في الجملة، وله حقُّ الاعتراضِ لو الزَّوجُ غيرَ كفءٍ، وله كمالُ الشَّفَقَةِ، فيختارُ لها المناسب، فكيف يقالُ بالجوازِ في الأجنبيِّ دون الأبِ؟! على أنه قد نصَّ على هذا التفصيلِ في مسألةِ الأبِ أيضاً في "الظهيرية"^(٥) حيث قال: ((لو كان الأبُ حاضراً في المجلس

(١) هو محمد بن محمد بن إلياس، المعروف بجوي زاده الرومي، محيي الدين، قاضي تركي (ت ٩٥٤هـ). ("الكواكب السائرة" ٣/٢٧٢، و"شذرات الذهب" ١٠/٦٤٠، و"الشقائق النعمانية" ص ٢٦٥-).

(٢) "المنح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١١٨ أ.

(٣) المسمى "فصول الأحكام لأصول الأحكام" لأبي الفتح عبد الرحيم بن أبي بكر، زين الدين المعروف بالعمادي المرغيناني السمرقندي (كان حياً سنة ٦٥١هـ). ("كشف الظنون" ٢/١٢٧٠، "الجواهر المضية" ٤/٧٤، "الفوائد البهية" ص ٩٣، "هدية العارفين" ١/٥٦٠).

(٤) "المنح": كتاب النكاح - فصل في المحرمات ق ١/١١٨ أ.

(٥) "الظهيرية": كتاب النكاح ق ٧٤ ب.

لكن في "النهر" قبيل كتاب الصِّرف في مسألة التعليق برضى الأب: ((والحقُّ الإِطلاقُ))، فليُتأمل المفتى.

فَقِيلَ جازَ))، فما بَحَثَهُ "المصنّف" موافقٌ للمنقول.

[١١٤٦٨] (قوله: لكن في "النهر" ^(١)) استدراكٌ على ما بَحَثَهُ "المصنّف"، وعبارَةُ "النهر"

بعد أن ذَكَرَ كلامَ "الظَّهيريَّة": ((وهو مُشكِلٌ، والحقُّ ما في "الخانيَّة")) اهـ.

والذي في "الخانيَّة" ^(٢) هو قوله: ((تَزَوَّجْتُكَ إِنْ أَجَازَ أَبِي أَوْ رَضِيَ، فقالت: قِيلَتْ

لا يصحُّ؛ لأنَّه تعليقٌ، والنكاحُ لا يَحْتَمِلُ التَّعليقَ)) اهـ.

قلت: الظَّاهرُ حملُ ما في "الخانيَّة" على ما إذا كان الأبُ غيرَ حاضِرٍ في المجلس، أو

على أنَّ ذلك هو القياسُ؛ لأنَّه في "الخانيَّة" ذَكَرَ بعد ذلك مسألةَ التعليقِ برضا فلان، فقال:

((إِنْ كَانَ فَلَانٌ حَاضِرًا فِي الْمَجْلِسِ وَرَضِيَ جَازَ اسْتِحْسَانًا، وَإِلَّا فَلَا وَإِنْ رَضِيَ)) اهـ.

وبما قلنا يحصلُ التَّوفيقُ بين كلاميه ما لم يَثْبُتَ الفَرْقُ بين الأبِ وغيرِهِ، وقد علمتُ مِنْ

عبارَةِ "الظَّهيريَّة" عدمَهُ، وأنَّ الجوازَ في الأبِ ثابتٌ بالأوَّلِ، ولم نَرِ أَحَدًا صَرَّحَ بتصحيحِ

خلافِ هذا حتَّى يُتَّبَعَ، فافهم.

(١) "النهر": كتاب البيع - باب السلم - مسائل مثورة ق ٤٠٨/ب.

(٢) "الخانيَّة": كتاب النكاح - باب المهر - الفصل السادس عشر في جهاز البنت ٣٢٨/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

﴿بابُ الولي﴾

(هو) لغةً: خلافُ العدوِّ، وعُرفاً العارفُ بالله تعالى، وشرعاً: (البالغُ العاقلُ الوارثُ) ولو فاسقاً على المذهبِ ما لم يكن مُتَهْتِكاً،.....

﴿بابُ الولي﴾

لَمَّا ذَكَرَ النِّكَاحَ وَالْفَاطَةَ وَحَلَّةَ شَرَعٍ فِي بَيَانِ عَاقِبَتِهِ، وَأَخْرَجَهُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ شُرُوطِ صَحَّتِهِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ. وَالْوَلِيُّ: فَعِيلٌ مَعْنَى فَاعِلٍ، "ط" (١).

[١١٤٦٩] (قوله: وعُرفاً) أي: في عُرفِ أهلِ أصولِ الدِّينِ، قال في "البحر" (٢): ((وفي أصولِ الدِّينِ: هو العارفُ بالله تعالى بأسمائه وصفاته حَسْبِ مَا يُمكنُ، المواظِبُ على الطَّاعاتِ، المجْتَنِبُ عن المعاصي، الغَيْرُ المنْهَمِكُ في الشَّهَوَاتِ واللَّذَّاتِ كما في "شرح العقائد" (٣))، "ح" (٤).

[١١٤٧٠] (قوله: الوارثُ) كَذَا في "الفتح" (٥) وغيره، قال "الرَّمْلِيُّ": ((وَذِكْرُهُ مِمَّا لَا يَنْبَغِي؛ إِذِ الْحَاكِمُ وَلِيُّ وَلَيْسَ بِوَارِثٍ)) اهـ.

قلت: وكذا سَيِّدُ الْعَبْدِ، [٣/٤٣/٣] فَالتَّعْرِيفُ خَاصٌّ بِالْوَلِيِّ مِنْ جِهَةِ الْقَرَابَةِ. [١١٤٧١] (قوله: على المذهبِ) وما في "الْبِرَازِيَّة" (٦): ((مَنْ أَنَّ الْأَبَ وَالْجَدَّ إِذَا كَانَ فَاسِقًا فَلِلْقَاضِي أَنْ يُزَوِّجَ مِنَ الْكَفِّ)) قال في "الفتح" (٧): ((إِنَّهُ غَيْرُ مَعْرُوفٍ فِي الْمَذْهَبِ)).

[١١٤٧٢] (قوله: ما لم يكن مُتَهْتِكاً) في "الْقَامُوس" (٨): ((رَجُلٌ مُنْهَتِكٌ وَمُتَهْتِكٌ وَمُسْتَهْتِكٌ لَا يُبَالِي أَنْ يُهْتِكَ سِتْرُهُ)) اهـ.

(١) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٢٥٢/٢.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٧/٣.

(٣) "شرح العقائد النسفية": ص ٢٢٠.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٧/ب.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٥٧/٣.

(٦) "البرازية": كتاب النكاح - مسائل الجنون ١٢٣/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨١/٣.

(٨) "القاموس": مادة (هتك). (هتك).

قال في "الفتح" ^(١) عقب ما نقلناه ^(٢) عنه آنفاً: ((نعم إذا كان مُتَهْتَكاً لَا يَنْفُذُ تَرْوِجُهُ إِيَّاهَا بِنَقْصٍ عَنْ مَهْرِ الْمَثَلِ وَمِنْ غَيْرِ كَفَاءٍ، وَسَيَاتِي هَذَا)) اهـ.
وحاصله: أَنَّ الْفَاسِقَ وَإِنْ كَانَ لَا يَسْلُبُ الْأَهْلِيَّةَ عِنْدَنَا لَكِنْ إِذَا كَانَ الْأَبُ مُتَهْتَكاً لَا يَنْفُذُ تَرْوِجُهُ إِلَّا بِشَرْطِ الْمَصْلُحَةِ، وَمِثْلُهُ مَا سَيَاتِي ^(٣) مِنْ قَوْلِ "المصنّف": ((وَلَزِمَ وَلَوْ بَغَيْنٍ فَاحِشٍ أَوْ بَغِيرٍ كَفَاءٍ إِنْ كَانَ الْوَلِيُّ أَباً أَوْ جَدّاً لَمْ يُعْرِفْ مِنْهُمَا سُوءَ الْاِخْتِيَارِ، وَإِنْ عُرِفَ لَا)) اهـ.
وبه ظَهَرَ أَنَّ الْفَاسِقَ الْمُتَهْتَكَ - وهو بمعنى سَيِّئِ الْاِخْتِيَارِ - لَا تَسْقُطُ وَلَايَتُهُ مُطْلَقاً؛ لِأَنَّهُ لَوْ زَوَّجَ مِنْ كَفَاءٍ بِمَهْرِ الْمَثَلِ صَحَّ كَمَا سَيَاتِي ^(٤) بَيَانُهُ، وَهَذَا خِلَافُ مَا مَرَّ ^(٥) عَنْ "الْبَزَّازِيَّةِ"، وَلَا يُمْكِنُ ^(٦) التَّوْفِيقُ بِجَمَلٍ مَا مَرَّ ^(٧) عَلَيْنَا هَذَا؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ: ((فَلِلْقَاضِي أَنْ يُزَوِّجَ مِنَ الْكَفَاءِ)) يَقْتَضِي سُقُوطَ وَلَايَةِ الْأَبِ أَصْلًا، فَافْهَمْ.

٢٩٥/٢

﴿بَابُ الْوَلِيِّ﴾

(قوله: وبه ظهر أن الفاسق المُتَهْتَكَ وهو بمعنى: سَيِّئِ الْاِخْتِيَارِ لَا تَسْقُطُ وَلَايَتُهُ إلخ) لم يظهر ممَّا سَبَقَ أَنَّ الْفَاسِقَ الْمُتَهْتَكَ هو بمعنى: سَيِّئِ الْاِخْتِيَارِ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ وَجُودِ أَحَدِهِمَا وَجُودُ الْآخَرِ، كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ. نَعَمْ قَدْ يَتَحَقَّقُ مَعْنَاهُمَا فِي شَخْصٍ وَاحِدٍ فَعَلَى هَذَا إِذَا كَانَ الْوَلِيُّ مُتَهْتَكاً أَوْ سَيِّئِ الْاِخْتِيَارِ لَا يَصِحُّ تَرْوِجُهُ بِنَقْصٍ عَنْ مَهْرِ الْإِثْلِ، أَوْ مِنْ غَيْرِ كَفَاءٍ.
(قوله: يَقْتَضِي سُقُوطَ وَلَايَةِ الْأَبِ إلخ) فِيهِ: أَنَّ عِبَارَةَ "الْبَزَّازِيَّةِ" إِنَّمَا تُفِيدُ أَنَّ لِلْقَاضِي التَّزْوِيجَ،

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨١/٣.

(٢) في المقالة السابقة.

(٣) "در" ص ٢٢٥ - وما بعدها.

(٤) المقالة [١١٦٢] قوله: ((فزوجها من فاسق إلخ)).

(٥) في المقالة السابقة.

(٦) في "الأصل": ((ولا يكون)).

(٧) في المقالة السابقة.

وخرَجَ نَحْوُ صَيٍّ وَوَصِيٍّ مُطْلَقاً عَلَى الْمَذْهَبِ.....

[١١٤٧٣] (قوله: نَحْوُ صَيٍّ) أي: كَمَجْنُونٍ وَمَعْتَوٍ، غَيْرَ أَنَّ الصَّيَّ خَرَجَ بِقَوْلِهِ: ((البالغُ))، وَالمَجْنُونُ وَالْمَعْتَوُ بـ: ((العاقلُ))، "ط" ^(١).

[١١٤٧٤] (قوله: وَوَصِيٍّ) أي: وَنَحْوُ وَصِيٍّ مِمَّنْ لَيْسَ بِوَارِثٍ كَعَبْدٍ، وَكَكَافِرٍ لَهُ بِنْتُ مُسْلِمَةٍ، أَوْ مُسْلِمٍ لَهُ بِنْتُ كَافِرَةٍ كَمَا سَيَأْتِي ^(٢)، نَعَمْ لَوْ كَانَ الْوَصِيُّ قَرِيباً أَوْ حَاكِماً يَمْلِكُ التَّزْوِيجَ بِالْوِلَايَةِ ^(٣) كَمَا سَيَأْتِي ^(٤) فِي الشَّرْحِ ^(٥) عِنْدَ بَيَانِ الْأَوْلِيَاءِ.

[١١٤٧٥] (قوله: مُطْلَقاً عَلَى الْمَذْهَبِ) أي: سِوَاءَ أَوْصَى إِلَيْهِ الْأَبُ بِذَلِكَ أَمْ لَا، وَفِي رِوَايَةٍ يَجُوزُ، وَكَذَا سِوَاءَ عَيَّنَ لَهُ الْمُوصِي رَجُلًا فِي حَيَاتِهِ أَوْ لَا خِلَافاً لِمَا فِي "فَتْحِ الْقَدِير" ^(٦) كَمَا سَيَأْتِي ^(٧).

وَهَذَا لَا يُفِيدُ سُقُوطَ وِلَايَةِ الْأَبِّ بَلْ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ كَمَسْأَلَةِ الْعَضْلِ الْآتِيَةِ؛ فَإِنَّ الْقَاضِيَ لَهُ وِلَايَةُ التَّزْوِيجِ وَمَعَ ذَلِكَ لَا تَسْقُطُ وِلَايَةُ الْوَلِيِّ، حَتَّى لَوْ زَوَّجَهَا مَعَ ذَلِكَ صَحَّ، وَكَمَا لَوْ كَانَ لَهَا وَلِيٌّ قَرِيبٌ وَبَعِيدٌ وَالبَعِيدُ حَاضِرٌ يَكُونُ لَهُ الْوِلَايَةُ وَمَعَ ذَلِكَ لَوْ زَوَّجَهَا الْقَرِيبُ حَيْثُ هُوَ صَحَّ، وَحِينَئِذٍ لَا مَانِعَ مِنْ حَمْلٍ مَا فِي "الْبَرَّازِيَّةِ" عَلَى مَا إِذَا كَانَ الْوَلِيُّ سَيِّئَ الْاخْتِيَارِ.

(١) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْوَلِيِّ ٢/٢٦٦.

(٢) "در" ص ٢٦٦ - وَمَا بَعْدَهَا.

(٣) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((قَوْلُهُ: هَشَامٌ عَنِ الْإِمَامِ أَنَّهُ إِنْ أَوْصَى إِلَيْهِ الْأَبُ جَازَ كَمَا فِي "الْحَاثِيَةِ"، وَبِهِ عَلِيمٌ أَنَّ مَا وَقَعَ فِي "الزَّيْلَعِيِّ" - مِنْ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يُفَوَّضَ إِلَيْهِ الْمُوصِي ذَلِكَ - رِوَايَةُ هَشَامٍ وَقَدْ قَالِ مَشَايِخُنَا: هِيَ ضَعِيفَةٌ، انْتَهَى حَمَوِي مِنَ الْفَرَاغِ)). ق ١٥٥/١.

(٤) "در" ص ٢٧٠ -.

(٥) عِبَارَةٌ "ت": ((كَمَا سَيَأْتِي فِي الشَّرْخِ فِي الْوَلِيِّ)).

(٦) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ٢/١٨٣.

(٧) الْمَقُولَةُ [١١٧٠٥] قَوْلُهُ: ((عَلَى الْمَذْهَبِ)).

(وَالْوَلَايَةُ تَنْفِيذُ الْقَوْلِ عَلَى الْغَيْرِ) تَبَيَّنَتْ^(١) بِأَرْبَعٍ:.....

[١١٤٧٦] (قَوْلُهُ: وَالْوَلَايَةُ الْإِخْلَافُ) يَفْتَحُ الْوَاوَ، وَمَا ذَكَرَهُ تَعْرِيفُهَا الْفَقْهِيُّ كَمَا فِي "الْبَحْرِ"^(٢)، وَإِلَّا فَمَعْنَاهَا اللَّغْوُ: الْحَبْثُ وَالنُّصْرَةُ كَمَا فِي "الْمَغْرِبِ"^(٣)، لَكِنْ مَا ذَكَرَهُ تَعْرِيفٌ لِأَحَدٍ نَوْعِيهَا، وَهُوَ وَلَايَةُ الْإِجْبَارِ بِقَرِينَةِ قَوْلِهِ: ((وَهِيَ هُنَا نَوْعَانِ))، وَأَفَادَ أَنَّ الْمَذْكُورَ فِي الْمَتْنِ غَيْرُ خَاصٍّ بِهَذَا الْبَابِ، بَلْ مِنْهُ وَلَايَةُ الْوَصِيِّ وَقِيمُ الْوَقْفِ، وَلَوْلَايَةُ وَجُوبِ صَدَقَةِ الْفِطْرِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِتَنْفِيذِ الْقَوْلِ [٣/٤٣٥/ب] مَا يَكُونُ فِي النَّفْسِ أَوْ فِي الْمَالِ أَوْ فِيهِمَا مَعًا، وَالْمُرَادُ فِي هَذَا الْبَابِ مَا يَشْمَلُ الْأَوَّلَ وَالثَّلَاثَ دُونَ الثَّانِي.

[١١٤٧٧] (قَوْلُهُ: تَبَيَّنَتْ أَيُّ: الْوَلَايَةُ الْمَذْكُورَةُ، وَالْمُرَادُ هُنَا وَلَايَةُ الْإِجْبَارِ فِي هَذَا الْبَابِ فَقَطْ، فَفِيهِ شَبْهُ اسْتِحْدَامِ، وَإِلَّا فَالْوَلَايَةُ الْمَعْرُفَةُ أَعْمُ كَمَا عَلِمْتَ، وَحَيْثُ كَانَتْ أَعْمُ فَلَيْسَ الْمُرَادُ بِهَا الثَّابِتَةُ لِخُصُوصِ الْوَلِيِّ الْمَعْرُوفِ بِالْبَالِغِ الْعَاقِلِ الْوَارِثِ حَتَّى يَرِدَ أَنَّهُ لَيْسَ فِي الْمُلْكِ وَالْإِمَامَةِ إِرْثٌ، وَحَيْثُ فَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّكْلُفِ فِي الْجَوَابِ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْإِرْثِ الْمَأْخُوذِ فِي تَعْرِيفِ الْوَلِيِّ هُوَ أَخْذُ الْمَالِ بَعْدَ الْمَوْتِ مِنْ بَابِ عَمُومِ الْحَاجِزِ، فَالْإِمَامُ يَأْخُذُ مَالًا مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ لِيَضَعَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَالْوَلِيُّ يَأْخُذُ كَسْبَ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ فِي التَّجَارَةِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِرْثًا حَقِيقَةً، فَإِنَّهُ - كَمَا قَالَ "ط"^(٤) -: ((لَا دَلِيلَ عَلَى هَذَا الْحَاجِزِ، وَالتَّعْرِيفُ يُصَاحُّ عَنْ مِثْلِ هَذَا))، فَافْهَمْ.

(قَوْلُهُ: يَفْتَحُ الْوَاوَ) هِيَ بِالْفَتْحِ الْمَصْدَرُ، وَبِالْكَسْرِ الْأِسْمُ، مِثْلُ: الْإِمَارَةِ وَالنَّقَابَةِ؛ لِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا تَوَلَّيْتَهُ وَقُمْتَ بِهِ، فَإِذَا أَرَادُوا الْمَصْدَرَ فَتَحُوا، كَذَا فِي "الصَّحَاحِ" أَهـ "سِنْدِي".
(قَوْلُهُ: وَمَا ذَكَرَهُ تَعْرِيفُهَا الْفَقْهِيُّ الْإِخْلَافُ) لَكِنَّهَا فِي التَّحْقِيقِ: صِفَةُ تَقَرُّمٍ بِالشَّخْصِ، وَالتَّنْفِيزُ الْمَذْكُورُ أَثَرُهَا.
(قَوْلُهُ: وَلَوْلَايَةُ وَجُوبِ صَدَقَةِ الْفِطْرِ) الْإِخْلَافُ أَيُّ: الْوَلَايَةُ الَّتِي هِيَ سَبَبٌ وَجُوبِ صَدَقَةِ الْفِطْرِ؛ إِذْ سَبَبُهَا: رَأْسُ يَمُونَهُ وَيَلِي عَلَيْهِ.

(١) فِي "و": ((وَتَبَيَّنَتْ)) بِالْوَاوِ.

(٢) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١١٧/٣.

(٣) "الْمَغْرِبُ": مَادَّةُ ((وَلِي)).

(٤) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْوَلِيِّ ٢٦/٢.

قِرابَةٍ، وَمِلْكٍ، وَوَلَاءٍ، وَإِمَامَةٍ (شَاءَ أَوْ أَبَى) وَهِيَ هُنَا نَوْعَانِ: وَلَايَةُ نَذْبٍ عَلَى الْمَكْلُفَةِ وَلَوْ بِكْرًا، وَلَوَلَايَةُ إِجْبَارٍ عَلَى الصَّغِيرَةِ وَلَوْ ثِيْبًا.....

[١١٤٧٨] (قَوْلُهُ: قِرَابَةٍ) دَخَلَ فِيهَا الْعَصَبَاتُ وَالْأَرْحَامُ.

[١١٤٧٩] (قَوْلُهُ: وَمِلْكٍ) أَي: مِلْكُ السَّيِّدِ لِعَبْدِهِ أَوْ أَمَتِهِ.

[١١٤٨٠] (قَوْلُهُ: وَوَلَاءٍ) أَي: وَلَاءُ الْعِتَاقَةِ وَالْمَوْلَاةِ كَمَا سَيَأْتِي^(١).

[١١٤٨١] (قَوْلُهُ: وَإِمَامَةٍ) دَخَلَ فِيهَا الْقَاضِي الْمَأْذُونُ بِالتَّزْوِيجِ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنِ الْإِمَامِ.

[١١٤٨٢] (قَوْلُهُ: شَاءَ أَوْ أَبَى) احْتَرَزَ بِهِ عَنِ وَلَايَةِ الْوَكِيلِ.

[١١٤٨٣] (قَوْلُهُ: وَهِيَ هُنَا) فِيهِ شَبْهُ الاسْتِخْدَامِ؛ لِأَنَّ الْوَلَايَةَ الْمُرَفَّعةَ خَاصَّةً بِوَلَايَةِ الْإِجْبَارِ،

وَقَدْ يَقُولُ: ((هُنَا)) احْتِرَازًا عَنِ الْوَلَايَةِ فِي غَيْرِ النِّكَاحِ كَمَا قَدْ مَنَاهُ^(٢).

[١١٤٨٤] (قَوْلُهُ: وَلَايَةُ نَذْبٍ) أَي: يُسْتَحَبُّ لِلْمَرْأَةِ تَفْوِضُ أَمْرِهَا إِلَى وَلِيِّهَا كَيْلَا تَنْسَبَ

إِلَى الْوَقَاحَةِ، "بَحْر"^(٣). وَلِلخُرُوجِ مِنْ خِلَافِ "الشَّافِعِيِّ" فِي الْبِكْرِ، وَهَذِهِ فِي الْحَقِيقَةِ وَلَايَةُ وَكَالَةٍ.

[١١٤٨٥] (قَوْلُهُ: عَلَى الْمَكْلُفَةِ) أَي: الْبَالِغَةُ الْعَاقِلَةُ.

[١١٤٨٦] (قَوْلُهُ: وَلَوْ بِكْرًا) الْأَوَّلَى أَنْ يَقُولَ: وَلَوْ ثِيْبًا؛ لِيُفِيدَ أَنَّ تَفْوِضَ الْبِكْرِ إِلَى وَلِيِّهَا

يُنْدَبُ بِالْأَوَّلَى؛ لِإِمَّا عِلْمَتِهِ مِنْ عِلَّةِ النَّذْبِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَرَادُهُ الْإِشَارَةَ إِلَى خِلَافِ "الشَّافِعِيِّ" بِقَرِينَةٍ مَا بَعْدَهُ، أَي: أَنَّهَا تُنْدَبُ لَا تَحِبُّ وَلَوْ بِكْرًا عِنْدَنَا خِلَافًا لَهُ.

[١١٤٨٧] (قَوْلُهُ: وَلَوْ ثِيْبًا) أَشَارَ إِلَى خِلَافِ "الشَّافِعِيِّ"، فَإِنَّهُ يَقُولُ: إِنَّ وَلَايَةَ الْإِجْبَارِ

مَنْوُطَةٌ بِالْبَكَارَةِ، فَيُزَوِّجُهَا بِلَا إِذْنِهَا وَلَوْ بِالْعَقَّةِ، لَا إِنْ كَانَتْ ثِيْبًا وَلَوْ صَغِيرَةً، فَالْثِيْبُ الصَّغِيرَةُ لَا تُزَوِّجُ عَنْدهُ مَا لَمْ تَبْلُغْ لِسُقُوطِ وَلَايَةِ الْأَبِ.

(١) أَي: فِي كِتَابِ الْوَلَاءِ - فَضْلُ فِي وَلَاءِ الْمَوْلَاةِ ٧٨/٥.

(٢) الْمَقُولَةُ [١١٤٧٦] قَوْلُهُ: ((وَالْوَلَايَةُ لِلْحَجِّ)) وَمَا بَعْدَهَا.

(٣) "الْبَحْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١١٧/٣.

ومعتوهة ومرفوقة^(١) كما أفاده بقوله: (وهو) أي: الولي (شرط) صحة (نكاح صغير ومجنون ورقيق) لا مكلفة (ففند نكاح حرّة مكلفة بلا رضا ولي).....

[١١٤٨٨] (قوله: ومعتوهة ومرفوقة) بالجرّ فيهما عطفاً على قوله: ((الصغيرة)) لعدم تقيدهما بالصغر، والأولى تعريفهما [١/٤٤٣/٣] ب: أل؛ لئلا يتوهم عطفهما على ((نبياً)).

[١١٤٨٩] (قوله: صغير إلخ) الموصوفُ مخوف، أي: شخص صغير إلخ، فيشمل الذكر والأنثى.

[١١٤٩٠] (قوله: لا مكلفة) الأولى زيادة: حرّة ليقابل الرقيق، "ط"^(٢). وهذا تصريح بمفهوم المتن، ذكره ليفيد أن قوله: ((ففند)) مفرغ عليه.

[١١٤٩١] (قوله: ففند إلخ)^(٣) أراد بالنفاذ الصحة وترتب الأحكام من طلاق وتوارث وغيرهما لا لزوم؛ إذ هو أخص منها؛ لأنه ما لا يمكن نقضه، وهذا يمكن رفعه إذا كان من غير كف، فقوله في "الشرنبلالية"^(٤): ((أي: ينعقد لازماً)) في إطلاقه نظراً. واحتزّز بالحرّة عن المرفوقة ولو مكاتبّة أو أمّ ولدي، وبالمكلفة عن الصغيرة والمجنونة، فلا يصحّ إلا بولي كما قدّمه^(٥)، وأمّا حديث: «أما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل»، وحسنه "الترمذي"^(٦)، وحديث: «لا نكاح إلا بولي» رواه

(١) في "د" زيادة: ((عبارة "المنح": وكذا الكبيرة المعتوهة والمرفوقة، وهي الصواب، تأمل)). ق ١/٥٥٠.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٢/٢٦.

(٣) في "د" زيادة: ((لقوله عليه الصلاة والسلام: «الأيّم أحق بنفسها من وليها» متفق على صحته. وما روته الشافعية من أحاديث كثيرة ليس لها صحة عند أهل النقل حتى قال البخاري وابن معين: لم يصح في هذا الباب حديث اشتراط الولي، كذا قال الزيلعي. والمراد بالنفي فيما استدلل به الشافعي من قوله عليه الصلاة والسلام: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل» نفي الكمال كما في نظائره من الأحاديث. باقاني)). ق ١/٥٥٠.

(٤) "الشرنبلالية": كتاب النكاح - باب الولي والكف ١/٣٣٤ (هامش "الدرر والغرر").

(٥) "در" ص ١٨٣.

(٦) أخرجه الترمذي (١١٠٢) كتاب النكاح - باب لا نكاح إلا بولي، وأحمد ٤٧/٦ و٦٦ و١٦٥ و١٦٦، وعبد الرزاق

(١٠٤٧٢)، وابن أبي شيبة ٢٧٢/٤ كتاب النكاح - باب من قال: لا نكاح إلا بولي أو سلطان، وأبو داود (٢٠٨٣) =

"أبو داود" ^(١) وغيره فمعارض بقوله ﷺ: «الْيَتِيمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا»، رواه "مسلم"، و"أبو داود"، و"الترمذي"، و"النسائي"، و"مالك" في "الموطأ" ^(٢). واليَتِيمُ مَنْ لَا زَوْجَ لَهَا يَكْرًا أَوْ لَا، فَإِنَّهُ لَيْسَ لِلْوَلِيِّ إِلَّا مَبَاشَرَةُ الْعَقْدِ إِذَا رَضِيَتْ، وَقَدْ جَعَلَهَا أَحَقُّ مِنْهُ بِهِ، وَيَرْجَحُ هَذَا بِقُوَّةِ السَّنَدِ وَالِاتِّفَاقِ عَلَى صِحَّتِهِ بِخِلَافِ الْحَدِيثَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ، فَإِنَّهُمَا ضَعِيفَانِ أَوْ حَسَنَانِ، أَوْ يُجْمَعُ بِالتَّخْصِصِ، أَوْ بَأَنَّ النَّفْيَ لِلْكَمَالِ، أَوْ بِأَنَّ يُرَادُ بِالْوَلِيِّ مَنْ يُتَوَقَّفُ عَلَى إِذْنِهِ، أَيْ:

- كتاب النكاح - باب الولي، والنسائي في "الكبرى" (٥٣٩٤) كتاب النكاح - باب الثيب يجعل أمرها لغير وليها، وابن ماجه (١٨٧٩) كتاب النكاح - باب لا نكاح إلا بولي، والدارمي ٥٧٥/٢ كتاب النكاح - باب النهي عن النكاح بغير ولي، والطححاري في "شرح معاني الآثار" ٧/٣ كتاب النكاح - باب النكاح بغير ولي عصية، والحاكم ١٦٨/٢ وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وابن حبان (٤٠٧٤) كتاب النكاح - باب الولي، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٠٥/٧ و١١٣ كتاب النكاح - باب لا نكاح إلا بولي، كلهم من حديث عائشة رضي الله عنها مرفوعاً، قال الترمذي: هذا حديث حسن. وقد أعله بعض العلماء بأن هذا الحديث رواه سليمان بن موسى عن الزهري ثم لقي ابن جريج الزهري فسأله عنه فلم يعرفه، وانظر "التلخيص" ١٥٧/٣، وسنن الترمذي والبيهقي.

(١) أخرجه أبو داود (٢٠٨٥) كتاب النكاح - باب في الولي، والترمذي (١١٠١) كتاب النكاح - باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، وابن ماجه (١٨٨١) كتاب النكاح - باب لا نكاح إلا بولي، والحاكم ١٦٩/٢ و١٧٠ كتاب النكاح. وقد ذكره بأسانيد عديدة، وقال: كلها صحيحة، ووافقه الذهبي، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٠٧/٧ كتاب النكاح - باب لا نكاح إلا بولي، وابن حبان في "صحيحه" (٤٠٧٧) كتاب النكاح - باب الولي كلهم من حديث أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى مرفوعاً. فقد وصله زهير وأبو عوانة. ويونس وإسرائيل وشريك وقيس بن الربيع عن أبي إسحاق، به، وروى شعبة وسفيان في أصح الروايتين عنهما عن أبي إسحاق عن أبي بردة مرسلاً، انظر بقية الخلاف في هذا الحديث من كلام الإمام الترمذي رحمه الله.

(٢) أخرجه مسلم (١٤٢١) كتاب النكاح - باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، وأبو داود (٢٠٩٨) و(٢٠٩٩) و(٢١٠٠) كتاب النكاح - باب الثيب، والترمذي (١١٠٨) كتاب النكاح - باب ما جاء في استئذان البكر والثيب، والنسائي ٨٤/٦ كتاب النكاح - باب استئذان البكر في نفسها، ومالك ٤١٥/٢ (٤) كتاب النكاح - باب استئذان البكر واليَتِيم في أنفسهما، وابن ماجه (١٨٧٠) كتاب النكاح - باب استئذان البكر والثيب، وأحمد ٣٤٥/١ و٣٦٢، وابن حبان في "صحيحه" (٤٠٨٤) كتاب النكاح - باب الثيب أحق بنفسها. كلهم من حديث نافع بن جبير عن ابن عباس مرفوعاً.

والأصل: أَنَّ كُلَّ مَنْ تَصَرَّفَ فِي مَالِهِ تَصَرَّفَ فِي نَفْسِهِ، وما لا فلا.
 (وله) أي: للولي (إذا كان عصبه) ولو غير مَحْرَمٍ كَابْنِ عَمٍّ فِي الْأَصَحَّ^(١)،
 "خاتية"^(٢). وخرَجَ ذُوو الْأَرْحَامِ وَالْأُمُّ وَالْقَاضِي (الاعتراض).....

لا نِكَاحَ إِلَّا بِمَنْ لَهُ وَلَايَةٌ؛ لِنَفْيِ نِكَاحِ الْكَافِرِ لِلْمُسْلِمَةِ وَالْمَعْتُوهِ وَالْعَبْدِ وَالْأَمَةِ، وَالْمَرَادُ بِالْبَاطِلِ حَقِيقَتُهُ عَلَى قَوْلٍ مَنْ لَمْ يُصَحَّحْ مَا بَاشَرَتْهُ مِنْ غَيْرِ كَفٍّ، أَوْ حَكْمُهُ عَلَى قَوْلٍ مَنْ يُصَحِّحُهُ، أَي: لِلْوَلِيِّ أَنْ يُبْطِلَهُ، وَكُلُّ ذَلِكَ سَائِعٌ فِي إِطْلَاقَاتِ النُّصُوصِ، وَبِجِبِّ ارْتِكَابِهِ لِدَفْعِ الْمَعَارِضَةِ، وَتَمَامُ الْكَلَامِ عَلَى ذَلِكَ مَبْسُوطٌ فِي "الفتح"^(٣).

٢٩٦/٢

[١١٤٩٢] (قوله: والأصل إلخ) عبارة "البحر"^(٤): ((والأصل هنا أَنَّ كُلَّ مَنْ يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ فِي مَالِهِ بِوَلَايَةِ نَفْسِهِ إِنْ كَانَ يَخْرُجُ الصَّبِيُّ الْمَأْذُونُ، فَإِنَّهُ وَإِنْ جَازَ تَصَرُّفُهُ فِي مَالِهِ لَكِنْ لَا بِوَلَايَةِ نَفْسِهِ، لَكِنْ يَرُدُّ عَلَى الْعَكْسِ الْمَحْجُورَةُ، فَإِنَّهَا تَمْلِكُ النِّكَاحَ وَإِنْ لَمْ تَمْلِكِ التَّصَرُّفَ فِي مَالِهَا عَلَى قَوْلِهَا بِالْحَجَرِ عَلَى الْحُرِّ، فَالْأَصْلُ مَبْنِيٌّ عَلَى قَوْلِ "الإمام"، تَأْمَلُ.
 [١١٤٩٣] (قوله: إذا كان عصبه) أي: بنفسه، فلا يَرُدُّ الْعَصْبَةُ بِالْغَيْرِ كَالْبِنْتِ مَعَ الْإِبْنِ، وَلَا الْعَصْبَةُ مَعَ الْغَيْرِ كَالْأُخْتِ مَعَ الْبَنِّ كَمَا فِي "البحر"^(٥)، "ح"^(٦).

(قوله: والمراد بالباطل حقيقة إلخ) عبارة "الفتح" - بعد ذكر التأويل الأخير -: ((وعلى هذا التأويل يتم العمل بالحديث الجامع لاشتراط الشهادة والولي، وهو ما قدّمناه في فصل الشهادة، ويخص حديث "عائشة" مَنْ نَكَحَتْ غَيْرَ كُفٍّ، وَالْمَرَادُ بِالْبَاطِلِ إِنْ كَانَ أَحَدٌ. ومُرَادُهُ بِحَدِيثِ "عائشة": ((أَيُّمَا امْرَأَةٍ)) إِنْ كَانَ تَأْمَلُ.

(١) في "ذ" زيادة: ((وقيل للولي مطلقاً كما في "القهستاني"، ونقل تصحيحه عن "الخط"). ق ١٥٥/أ.
 (٢) "الخاتية": كتاب النكاح - الباب الأول فيما يتعلق به انعقاد النكاح - فصل في الكفاءة ٣٥٤/١ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٥٩/٣ فما بعدها.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٧/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٧/٣.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٩/أ.

في غير الكفء) فيفسخه القاضي، ويتجدد بتجدد النكاح.....

[١١٤٩٤] (قوله: في غير الكفء) أي: في تزويجها نفسها من غير كفء، [٣/٤٤/ب] وكذا له الاعتراض في تزويجها نفسها بأقل من مهر مثلها حتى يُسمَّ مهر المثل أو يُفرَّق القاضي كما سيذكره^(١) "المصنف" في باب الكفاءة.

[١١٤٩٥] (قوله: فيفسخه القاضي) فلا تثبت هذه الفرقة إلا بالقضاء؛ لأنه محتهد فيه، وكل من الخصمين يتشبث بدليل، فلا ينقطع النكاح إلا بفعل القاضي، والنكاح قبله صحيح يتوارثان به إذا مات أحدهما قبل القضاء، وهذه الفرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق، ولا يجب عندها شيء من المهر إن وقعت قبل الدخول، وبعده لها المسمى، وكذا بعد الخلوة الصحيحة، وعليها العدة، ولها نفقة العدة؛ لأنها كانت واجبة، "فتح"^(٢). ولها أن لا تمكنه من السوط حتى يرضى الولي كما اختاره الفقيه "أبو الليث"؛ لأن الولي عسى أن يفرق فيصير وطء شبهة، وأما على المفتى به الآتي^(٣) فهو حرام لعدم الانعقاد، أفاده في "البحر"^(٤).

[١١٤٩٦] (قوله: ويتجدد) أي: اعتراض الولي ((بتجدد النكاح))، كما لو زوجه الولي بإذنها من غير كفء فطلقها، ثم زوجت نفسها منه ثانياً كان لذلك الولي التفريق، ولا يكون الرضا بالأول رضا بالثاني، "فتح"^(٥). وقيد بتحديد النكاح؛ لأنه لو طلقها رجعيًا ثم رجعها في العدة ليس للولي الاعتراض كما ذكره في "الذخيرة"^(٦).

(قوله: لأن الولي عسى أن يفرق إلخ) فيه أن النكاح انعقد صحيحاً حتى ترتب أحكامه، فلو وطئها قبل التفريق يكون واطئاً في ملكه لا وطء شبهة، فلم يظهر صحة جعل ما ذكره علّة؛ لعدم تمكينها.

(١) "در" ص ٣٢٠-٣٢١.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٨٨/٣.

(٣) "در" ص ١٩١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١١٨/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٨٨/٣.

(٦) في "د" زيادة: ((ما جاء عن "الفتح" و"الذخيرة" هو من قول "الخانية")). ق ١٥٥/أ.

(ما لم يَسْكُتْ حَتَّى تَلِدَ منه) لثلاً يَضِيعُ الولدُ، وينبغي إلحاق الحَبْلِ الظَّاهِرِ به (وَيُفْتَى) فِي غَيْرِ الْكِفَاءِ.....

[١١٤٩٧] (قوله: ما لم يَسْكُتْ حَتَّى تَلِدَ) زَادَ لَفْظَ ((يَسْكُتُ)) للإشارة إلى أنَّ سكوته قبل الولادة لا يكون رضاً، وأنَّ هذه ليست من المسائل التي نُزِّلَ فِيهَا السُّكُوتُ منزلة القول كما ستأتي^(١) الإشارة إليها، وَيُفْهَمُ منه أَنَّهُ لو لم يَسْكُتْ بل خَاصَمَ حينَ عِلْمِهِ فكَذَلِكَ^(٢) بالأولى، فافهم. لكنَّ يَبْقَى الكلامُ فيما لو لم يَعْلَمْ أصلاً حَتَّى وَلَدَتْ فهل له حقُّ الاعتراض؟ ظاهرُ المتن لا^(٣)، وظاهرُ الشَّرْحِ نعم، تأمل.

[١١٤٩٨] (قوله: لثلاً يَضِيعُ الولدُ) أي: بالتفريق بين أبويه، فَإِنَّ بقاءَهُمَا مُحْتَمِلَيْنِ عَلَى تَرْبِيَّتِهِ أَحْفَظُ لَهُ بِلا شَبْهَةٍ، فافهم.

[١١٤٩٩] (قوله: وينبغي إلخ)^(٤) البَحْثُ لِصاحب "البحر"^(٥)، "ح"^(٦).
[١١٥٠٠] (قوله: وَيُفْتَى فِي غَيْرِ الْكِفَاءِ إلخ) قَيَّدَ بِذَلِكَ لثلاً يَتَوَهَّمُ عَوْدُهُ إِلَى قَوْلِهِ: ((فَنَفَذَ نِكَاحَ إلخ))، وللاحترازِ عَمَّا لو تَزَوَّجَتْ بِدُونِ مَهْرٍ الْمُثَلِّ، فَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّ لِلْوَلِيِّ الْاعتِرَاضَ أَيْضاً، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لا خِلَافَ فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ، وَأَنَّ هَذَا الْقَوْلَ الْمُفْتَى بِهِ خَاصٌّ بِغَيْرِ الْكِفَاءِ كَمَا أَشَارَ

(قوله: زَادَ لَفْظَ ((يَسْكُتُ)) إلخ) لَعَلَّ الْأَوَّلَى إِبْدَالُهُ بِلَفْظِ ((حَتَّى تَلِدَ)).
(قوله: وظاهرُ الشَّرْحِ نعم) أي من زيادة قيد السُّكُوتِ لا من التعليل؛ فَإِنَّهُ يَنْفِي حَقَّ الْاعتِرَاضِ، تَأَمَّلْ.
(قوله: وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لا خِلَافَ فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ إلخ) لَكِنَّ التَّعْلِيلَ الْمَذْكُورَ لِلانْتِزَاعِ بِعَدَمِ الْجَوَازِ فِي غَيْرِ الْكِفَاءِ جَارٍ فِي مَسْأَلَةِ التَّزْوِجِ بِدُونِ مَهْرٍ الْمُثَلِّ، وَمُقْتَضٍ لِعَدَمِ الْجَوَازِ، تَأَمَّلْ.

(١) المقولة [١١٥٠١] قوله: ((بعدم جوازه أصلاً)).

(٢) في "ب": ((كذلك)) بلا فاء.

(٣) ((لا)) ساقطة من "الأصل".

(٤) في "د" زيادة: ((البحث لصاحب "النهر")). ق ١٥٥/أ.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الأكفاء ١٣٩/٣.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٩/أ.

(بعدم جوازِهِ أصلاً) وهو المختار للفتوى (لفسادِ الزَّمانِ) فلا تَحِلُّ مطلقاً ثلاثاً
نَكَحَتْ غيرَ كَفٍّ بلا رضا وليٍّ بعد معرفتِهِ إِيَّاهُ،.....

إليه "الشارح"، ولم أرَ مَنْ أجرى هذا القولَ في المسألتين، والفرقُ إمكانُ الاستدراكِ بإتمام مهر
المثل، فلذا قالوا: له الاعتراضُ حتَّى يُتِمَّ مهرَ المثل أو يُفَرَّقَ القاضي، فإذا [٤٥٣/٤] أتمَّ المهرَ زال
سببُ الاعتراضِ بخلاف عدم الكفاءة، هذا ما ظهرَ لي، فافهم.

[١١٥٠١] (قوله: بعدم جوازِهِ أصلاً) هذه روايةُ "الحسن" عن "أبي حنيفة"، وهذا إذا كان لها
وليٌّ لم يَرْضَ به قبل العقدِ، فلا يَفِيدُ الرِّضا بعده، "بحر" ^(١). وأما إذا لم يكن لها وليٌّ فهو صحيحٌ
نافذٌ مطلقاً اتفاقاً كما يأتي ^(٢)؛ لأنَّ وجهَ عدم الصَّحَّةِ على هذه الرواية دفعُ الضَّررِ عن الأولياء، أمَّا
هي فقد رَضِيَتْ بإسقاطِ حقِّها، "فتح" ^(٣). وقولُ "البحر" ^(٤): ((لم يَرْضَ به)) يَشْمَلُ ما إذا لم يَعْلَمْ
أصلاً، فلا يَلَزِمُ التَّصريحُ بعدم الرِّضا، بل السُّكوتُ منه لا يكونُ رِضاً كما ذكرنا، فلا بدَّ حينئذٍ
لصحَّةِ العقدِ من رضاه صريحاً، وعليه فلو سَكَتَ قبلَهُ ثمَّ رضيَ بعده لا يَفِيدُ، فليُتَأَمَّل.

[١١٥٠٢] (قوله: وهو المختار للفتوى) وقال "شمس الأئمة" ^(٥): ((وهذا أقربُ إلى الاحتياطِ))،
كذا في "تصحيح العلامة قاسمٍ"؛ لأنَّه ليس كُلُّ وليٍّ يُحسِنُ المرافعةَ ^(٦) والخصومةَ، ولا كُلُّ قاضٍ
يَعْدِلُ، ولو أحسنَ الوليُّ وعدَلَ القاضي فقد يَزَكُّ أَثْفَةً لِلتَّرَدُّدِ على أبوابِ الحُكَّامِ واستقلالاً لنفسِ
الخصومات، فيتقرَّرُ الضَّررُ، فكان منْعُهُ دفْعاً له، "فتح" ^(٧).

[١١٥٠٣] (قوله: نَكَحَتْ) نَعَتْ لـ (مُطلِّقةً))، وقوله: ((بلا رضا)) متعلِّقٌ بـ ((نَكَحَتْ))،

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقضاء ١٣٧/٣.

(٢) المقولة [١١٥٠٤] قوله: ((فليحفظ)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقضاء ١٥٧/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقضاء ١٣٨/٣.

(٥) "المبسوط": كتاب النكاح - باب النكاح بغير وليٍّ ١٣/٥.

(٦) في "ب": ((الرافعة))، وهو تحريف.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقضاء ١٥٧/٣.

فليحفظ. (و) بناءً (على الأول).....

وقوله: ((بعد)) ظرف للرضا، والضَّميرُ في ((معرفته)) للولي، وفي ((أياه)) لغير الكفء، وقوله: ((بلا رضا)) نفى مُنصبَّ على المقيد الذي هو رضا الولي والقيد الذي هو بعد معرفته إياه، فيصدق بنفي الرضا بعد المعرفة، وبعدها، وبوجود الرضا مع عدم المعرفة، ففي هذه الصور الثلاثة لا تحل، وإنما تحل في الصورة الرابعة، وهي رضا الولي بغير الكفء مع علمه بأنه كذلك. اهـ "ح" (١).

قلت: والأنسب أن يقول: مع علمه به عينا؛ لما في "البحر" (٢): ((لو قال الولي: رضيت بتزوجها من غير كفء، ولم يعلم بالزوج عينا هل يكفي؟ صارت حادثة الفتوى، وينبغي [أن] لا يكفي؛ لأن الرضاء بالمجهول لا يصح كما ذكره في "الحاشية" (٤) فيما إذا استأذنها الولي ولم يسم الزوج، فقال: لأن الرضا بالمجهول لا يتحقق، ولم أره منقولا)) اهـ، وأقره في "النهر" (٥). لكن ليس على عمومه؛ لما سيأتي (٦) في كلام "الشارح": ((أنها لو فوّضت الأمر إليه يصح كقولها: زوجني من تختاره ونحوه))، قال "الخبر الرملي": ((ومقتضاه أن الولي لو قال لها: أنا راض بما تفعلين، أو زوجي نفسك من تختارين ونحوه أنه يكفي، وهو ظاهر؛ لأنه فوّض ٢٩٧/٢ [٣/٤٥٥] الأمر إليها، ولأنه من باب الإسقاط)) اهـ.

[١١٥٠٤] (قوله: فليحفظ) قال في "الحقائق" شرح "المنظومة النسفية" (٧): ((وهذا مما يجب حفظه لكثرة وقوعه)) اهـ.

وقال "الكمال" (٨): ((لأن المحلل في الغالب يكون غير كفء، وأما لو باشر الولي عقد

(١) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٩/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٨/٣ يتصرف يسير.

(٣) ((أن)) ليست في النسخ جميعها، وما أثبتناه من "البحر" هو الأنسب للسياق.

(٤) "الحاشية": كتاب النكاح - فصل في شرائط النكاح ٣٣٥/١.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ق ١٧٤/أ.

(٦) "در" ٢٠٨ - ٢٠٩.

(٧) لم نثر عليها في مخطوطة "الحقائق شرح المنظومة النسفية" التي بين أيدينا.

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٥٧/٣.

وهو ظاهرُ الرواية (فرضا البعض) من الأولياء قبل العقد أو بعده (كالكل) لثبوته لكل كمالاً^(١) كولاية أمان و قودٍ،.....

المحلل فإنها تحلُّ للأول)) اهـ.

وفي "البحر"^(٢): ((وهذا كله إذا كان لها ولي، وإلا فهو صحيح مطلقاً اتفاقاً)).

[١١٥٠٥] (قوله: وهو ظاهرُ الرواية) وبه أفتى كثير من المشايخ، فقد اختلف الإفتاء،

"بحر"^(٣). لكن علمت أن الثاني أقرب إلى الاحتياط.

[١١٥٠٦] (قوله: قبل العقد أو بعده) فيه أن الرضا قبل العقد يصح على كل من الأول والثاني، وأما المبي على الأول فقط فهو الرضا بعد العقد، فإنه يصح عليه لا على الثاني المفتى به كما قدمناه^(٤) عن "البحر"، وكلام المتن يوهم أنه على الثاني لا يكون رضا البعض كالكل، ولا وجه له، ولعل "الشارح" قصد بما ذكره دفع هذا الإيهام، تأمل.

[١١٥٠٧] (قوله: لثبوته لكل كمالاً) لأنه حق واحد لا يتجزأ؛ لأنه ثبت بسبب لا يتجزأ،

"بحر"^(٥).

[١١٥٠٨] (قوله: كولاية أمان وقود) فإذا أمن مسلم حريباً ليس لمسلم آخر أن يتعرض

للحربي أو لماله، وإذا عفا أحد أولياء القصاص ليس لولي آخر طلبه، "ح"^(٦).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: لثبوته لكل كمالاً إلخ، يعني للأولياء المسترين في الدرجة، وذلك كولاية الأمان، قال في "إجابة السائل اختصار أنفع الوسائل": إذا استوى وليان كشقيقتين أو اجتمع أبوان كان ادعاء ولد أمة مشتركة جاز استقلال كل بالنكاح، فإن زوجها صَحَّ السابق، وإن لم يُعْلَم بطلان انتهى. قيل: وأما السيدان فلا يزوج أحدهما الأمة المشتركة لهما أو المعتقة لهما، وأما في القربة فيزوج كل واحد منهما كأنه ليس معه غيره فينفرد به، كذا في

الزبلي في باب ما يوجب القود: انتهى)). ق ١٥٥/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١١٨/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٣٨/٣.

(٤) في المقالة السابقة.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٣٨/٣.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٩/أ.

وَسَنَحَقُّهُ فِي الْوَقْفِ (لَوْ اسْتَوَوْا فِي الدَّرَجَةِ، وَإِلَّا فَلِلْأَقْرَبِ) مِنْهُمْ (حَقٌّ^(١)) الْفَسْخِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلِيٌّ فَهُوَ) أَيُّ: الْعَقْدُ (صَحِيحٌ) نَافِذٌ.....

[١١٥٠٩] (قَوْلُهُ: وَسَنَحَقُّهُ^(٢)) فِي الْوَقْفِ) حَيْثُ زَادَ عَلَى مَا هُنَا مِمَّا يَقُومُ فِيهِ الْبَعْضُ مَقَامَ الْكُلِّ: ((بَعْضُ مُسْتَحَقِّي الْوَقْفِ يَنْتَصِبُ خَصَمًا عَنِ الْكُلِّ، وَكَذَا بَعْضُ الْوَرِثَةِ، وَكَذَا إِبْنَاتُ الْإِعْسَارِ فِي وَجْهِ أَحَدِ الْغُرَمَاءِ، وَوَلَايَةُ الْمَطَالِبَةِ بِإِزَالَةِ الضَّرْرِ الْعَامِّ عَنْ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ)).

[١١٥١٠] (قَوْلُهُ: وَإِلَّا إِنْجَ) أَيُّ: وَإِنْ لَمْ يَسْتَوُوا فِي الدَّرَجَةِ وَقَدْ رَضِيَ الْأَبْعَدُ فَلِلْأَقْرَبِ الْإِعْتَرَاضُ، "بِحُرِّ"^(٣) عَنْ "الْفَتْحِ"^(٤) وَغَيْرِهِ.

[١١٥١١] (قَوْلُهُ: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلِيٌّ إِنْجَ) أَيُّ: عَصَبَةٌ كَمَا مَرَّ^(٥)، وَالْأَوَّلُ التَّعْبِيرُ بِهِ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ "الْمُصَنِّفُ" مِنَ الْحُكْمِ ذِكْرُهُ فِي "الْفَتْحِ"^(٦) بِحُثٍّ بِصِغَةٍ ((يَنْبَغِي)) أَخْذًا مِنْ التَّعْلِيلِ بِدَفْعِ الضَّرْرِ عَنِ الْأَوْلِيَاءِ، وَأَنَّهَا رَضِيَتْ بِإِسْقَاطِ حَقِّهَا، وَجَزَمَ بِهِ فِي "الْبَحْرِ"^(٧) فَتَبِعَهُ "الْمُصَنِّفُ".

وَالظَّاهِرُ: أَنَّهُ لَوْ كَانَ لَهَا عَصَبَةٌ صَغِيرٌ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهَا؛ لِأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لَهُ، وَكَذَا لَوْ كَانَ عَبْدًا أَوْ كَافِرًا كَمَا سَيُشِيرُ^(٨) إِلَيْهِ "الشَّارِحُ" عِنْدَ قَوْلِهِ: ((الْوَلِيُّ فِي النِّكَاحِ الْعَصَبَةُ إِنْجَ)) كَمَا سَنُنَبِّئُهُ^(٩) هُنَاكَ، وَعَلَى هَذَا فَلَوْ بَلَغَ أَوْ عَتَقَ أَوْ أَسْلَمَ لَا يَتَجَدَّدُ لَهُ حَقُّ الْإِعْتَرَاضِ، وَأَمَّا لَوْ كَانَ

(١) ((حَقٌّ)) لَيْسَتْ فِي "ذ" وَ"و".

(٢) انظر "الدر" عند المقولة [٢١٦٦٧] قَوْلُهُ: ((وَكَذَا بَعْضُ الْأَوْلِيَاءِ الْمُسَاوِينَ)).

(٣) "البحر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١٣٨/٣.

(٤) "الفتح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١٨٨/٣.

(٥) "در" ص ١٨٨-.

(٦) "الفتح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١٥٧/٣.

(٧) "البحر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١١٨/٣.

(٨) "در" ص ٢٥٧-.

(٩) المقولة [١١٦٨٢] قَوْلُهُ: ((بِشَرَطِ حُرِّيَةِ إِنْجَ)).

(مطلقاً) اتفاقاً.

(وقَبْضُهُ) أي: وليُّ له حقُّ الاعتراضِ (المهرَ ونحوه^(١)) مما يدلُّ على الرِّضا

(رضاً).....

لها عَصَبَةٌ غائِبٌ فهو كالحاضر؛ لأنَّ وَلَايَتَهُ لَا تَنْقَطِعُ، بدليل [٤٦٣/٣] أنه لو زَوَّجَ الصَّغِيرَةَ حيث هو صَحَّ وإنَّ كان لها وليٌّ آخرُ حاضراً على ما فيه من الخلاف كما سيأتي^(٢).

والظَّاهِرُ أيضاً: أنَّ هذا^(٣) في البالغة، أمَّا الصَّغِيرَةُ فلا يصحُّ؛ لأنها لم تَرْضَ بإسقاطِ حقِّها، ألا تَرَى أنها لو كان لها عَصَبَةٌ، فزَوَّجَهَا من غيرِ كفاءٍ لم يصحَّ؟ فكذا إذا لم يكن لها عَصَبَةٌ، هذا كُلُّه ما ظَهَرَ لي تَفَقُّهاً من كلامهم، ولم أره صريحاً.

[١١٥١٢] (قوله: مطلقاً) أي: سواء نَكَحَتْ كَفْأً أو غَيْرَهُ، "ح"^(٤).

[١١٥١٣] (قوله: اتفاقاً) أي: من القائلين بروايةِ ظاهرِ المذهب، والقائلين بروايةِ

"الحسن" المفتى بها.

[١١٥١٤] (قوله: أي: وليُّ له حقُّ الاعتراضِ) يُوهِمُ أنَّ الوليَّ في قوله: ((وإنَّ لم يكن لها

وليٌّ)) المرادُ به ما يَشْمَلُ الأرحامَ، وليس كذلك كما علمت، فالمناسبُ ذِكْرُ هذا التفسيرِ هناك؛ لِيُعْلَمَ المرادُ في الموضعين وَبَرْتَفِعَ الإيهامُ المذكور.

[١١٥١٥] (قوله: ونحوه) بالرَّقعِ عطفاً على ((قَبْضُهُ))، أي: ونحو قبضِ المهرِ كقبضِ

النَّفَقَةِ أو المحاصمةِ في أحدهما وإنَّ لم يَقْبِضْ، وكالتَّحْهِيزِ ونحوه، "فتح"^(٥).

(١) في "د" زيادة: ((زَوَّجَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ الْأَبِ، فَلَعَنَهُ الْخَيْرُ فَأَخَذَ فِي تَجْهِيزِهَا فَهُوَ رَضًا. "حاوي الزاهدي") ١/١٥٥ أ.

(٢) المقولة [١١٧٢١] قوله: ((جاز على الظاهر)).

(٣) في "ب" ((هَذَا))، وهو تحريف.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٩ أ/ يتصرف.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٧/٣.

دلالة إن كان عدم الكفاءة ثابتاً عند القاضي^(١) قبل مخاصمته، وإلا لم يكن رضاءً..

[١١٥١٦] (قوله: إن كان) كذا ذكره في "الذخيرة"، وأقره في "البحر"^(٢) و"النهر"^(٣)

(قوله: كذا ذكره في "الذخيرة" وأقره إلخ) نص ما فيها: ((وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء بغير رضا الولي فقبض الولي مهرها وجهرها فهذا منه رضا وتسليم، ولو قبض ولم يُجهزها فقد اختلف للمشايخ فيه، والصحيح أنه يكون رضا وتسليمًا، وإذا لم يقبض مهرها ولكن خاصم زوجها في نفقتها وتقدير مهرها عليه بوكالة منها كان ذلك منه رضا وتسليمًا للعقد استحسانًا، وهذا إذا كان عدم الكفاءة ثابتاً عند القاضي قبل مخاصمة الولي إيّاه، وأما إذا لم يكن عدم الكفاءة ثابتاً قبل ذلك عند القاضي فلا يكون رضا بالنكاح قياساً واستحساناً)) اهـ. وكذا ذكرها في "المحيط البرهاني" ونصه: ((وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء بغير رضا الولي فقبض الولي مهرها وجهرها فهذا منه رضا وتسليم، ولو قبضه ولم يُجهزها فقد اختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه يكون رضا وتسليمًا، لأن العقد توقف على إجازة الولي، وقبض البذل ممن توقف العقد على إجازته يكون رضا منه بالعقد دلالة كما في البيع الموقوف، وأما إذا لم يقبض مهرها ولكن خاصم زوجها في نفقتها وتقدير مهرها عليه بوكالة منها كان ذلك منه رضا وتسليمًا للعقد استحسانًا؛ لأن طلب المهر لم يكن لإثبات عدم الكفاءة عند القاضي؛ لأن عدم الكفاءة ثابت عند القاضي؛ لأن وضع المسألة فيما إذا زوجت نفسها من غير كفء فتعين أن يكون طلب المهر للاستيفاء وذلك دلالة الرضا من غير احتمال، حتى لو لم يكن عدم الكفاءة ثابتاً عند القاضي لا يكون ذلك رضا بالنكاح قياساً واستحساناً)) اهـ. فأنت ترى أن هذا الشرط إنما هو فيما إذا لم يقبض المهر وخاصم الزوج في نفقتها وتقدير مهرها عليه بوكالة عنها لا في أنواع الرضا دلالة. و"الشرح" إنما جعله قيداً في الجمع أخذاً من العلة المذكورة في "المحيط"؛ فإنها تقيّد أن الحكم كذلك في غير مسألة المخاصمة المذكورة، ويكون المراد الاحتراز عما إذا لم يثبت عدم الكفاءة، ولم يعلم الولي بعدمها أيضاً؛ فإن علمه بعدمها كالتبوت عند القاضي في الدلالة على الرضا فيما ذكر، وهذا ظاهر الوجه لا يخالف كلامهم.

(١) في "د" زيادة: ((فرع: في "فتاوى النسفي": للقاضي أن يعث إلى شافعي ليطل العقد إذا كان بشهادة الفاسق، وللحنفي أن يفعل ذلك، وكذا لو كان بغير ولي فطلقها ثلاثاً، فبعث إلى شافعي زوجها منه بغير محلل، ثم يقضي بالصحة وبتلان النكاح الأول يجوز إذا لم يأخذ القاضي الكتاب ولا المكروب إليه شيئاً، ولا يظهر بهذا حرمة الوطء السابق، ولا شبهة ولا عيب في الولد، كذا في "الخلاصة". ثم قال: قال طهري الدين المرغيناني: لا يجوز الرجوع إلى شافعي للذهب إلا في العيمن المضافة، أمّا لو فعلوا قضى بيفد، انتهى. كذا في "الفتح" و"البحر" عند قوله في شروط النكاح: ((ولو فاسقين)) (١٥٥/أ).

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٩/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٤/أ.

كما (لا) يكون (سكوتُهُ) رضا ما لم تَلِدْ^(١)، وأما تصديقُهُ بأنه كفء فلا يُسْقِطُ حقَّ الباقيين، "مبسوط".....

و"الشَّرْئِيلِيَّةُ"^(٢) و"شرح المقدسي"، وظاهرُهُ أنَّ هذا شرطٌ في الرِّضَاءِ دلالةً فقط، وأنَّ مجردَ العِلْمِ بعدم الكفاءة لا يكفي هنا بخلاف الرِّضَا الصَّرِيحِ، حيث يكفي فيه العِلْمُ فقط، لكنَّ هذا مخالفٌ لإطلاقِ المتن، ولم يَذْكُرْهُ في "الفتح" ولا في "كافي الحاكم" الذي جَمَعَ كُتُبَ "ظاهر الرواية"، وأيضاً فَوَجَّهَهُ غيرُ ظاهرٍ، إلَّا أنَّ يكونَ الفرقُ انحطاطَ رتبةِ الدَّلالةِ عن الصَّرِيحِ، فليُتَأَمَّلْ. وصورةُ المسألة: أنَّ تكونَ هذه المرأةُ تَزَوَّجَتْ غيرَ كفءٍ، فحاصِمَ الوليُّ وأثبتت عند القاضي عدمَ الكفاءة، فقبَضَ الوليُّ المهرَ قبلَ التفريقِ، أو فَرَّقَ القاضي بينهما ثمَّ تَزَوَّجَتْ ثانياً بلا إذنِ الوليِّ فقبَضَ المهرَ.

[١١٥١٧] (قوله: كما لا يكون إلخ) مُكْرَّرٌ بقوله المارَّ^(٣): ((ما لم يَسْكُتْ حَتَّى تَلِدَ)).
[١١٥١٨] (قوله: وأما تصديقُهُ إلخ) قال في "البحر"^(٤): ((قَيَّدَ بِالرِّضَا؛ لِأَنَّ التَّصْدِيقَ بِأَنَّهُ كَفءٌ مِنَ الْبَعْضِ لَا يُسْقِطُ حَقَّ مَنْ أَنْكَرَهَا، قَالَ فِي "الْمَبْسُوطِ"^(٥): لَوْ ادَّعَى أَحَدُ الْأَوْلِيَاءِ أَنَّ الزَّوْجَ كَفءٌ، وَأَثْبَتَ الْآخَرُ أَنَّهُ لَيْسَ بِكَفءٍ يَكُونُ^(٦) لَهُ أَنْ يُطَالِبَهُ بِالتَّفْرِيقِ؛ لِأَنَّ الْمُصَدِّقَ يُنْكِرُ سَبَبَ الْوُجُوبِ، وَإِنْكَارُ سَبَبِ الشَّيْءِ لَا يَكُونُ إِسْقَاطاً [٤٦٣/٣] ب/ له اهـ. وفي "الفوائد النَّاجِيَّةُ": أَقَامَ وَلِيُّهَا شَاهِدَيْنِ بِعَدَمِ الْكَفَاءَةِ، أَوْ أَقَامَ زَوْجُهَا بِالْكَفَاءَةِ لَا يُشْتَرَطُ لَفْظُ الشَّهَادَةِ؛ لِأَنَّهُ إِحْبَابٌ)) اهـ.

(١) في "د" زيادة: ((هو المعتمد، وفي "الدراية" عن "المبسوط": وإن ولدت)). ق ١٥٥/ب

(٢) "الشَّرْئِيلِيَّةُ": كتاب النكاح - باب الولي والكفء ٣٣٥/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٣) "در" ص ١٩٠.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأحكام ١٣٨/٣.

(٥) "المبسوط": كتاب النكاح - باب الأكفاء ٢٧/٥.

(٦) ((يكون)) ليست في "أ".

(ولا تُجْبَرُ البالغةُ البكرُ على النكاح) لانقطاع الولاية بالبلوغ (فإن استأذنها هو) أي: الولي، وهو السُّنَّةُ (أو وكيله أو رسوله، أو زوجها) وليها وأخبرها رسوله....

[١١٥١٩] (قوله: ولا تُجْبَرُ البالغةُ) ولا الحرُّ البالغُ والمكاتبُ والمكاتبَةُ ولو صغيرين، "ح" (١) عن "المهستاني" (٢).

[١١٥٢٠] (قوله: البكرُ) أطلقها فشمل ما إذا كانت تزوجت قبل ذلك وطلقت قبل زوال البكارة، فتزوج كما تزوج الأبكار، نصَّ عليه في "الأصل" (٣)، "بحر" (٤) (٥).

[١١٥٢١] (قوله: وهو السُّنَّةُ) بأن يقول لها قبل النكاح: فلان يحطُّبك أو يذكرك فسكتت، وإن زوجها بغير استثمار فقد أخطأ السُّنَّةُ وتوقَّف على رضاها، "بحر" (٦) عن "المحيط". واستحسن "الرحمي" ما ذكره الشافعية: ((من أنَّ السُّنَّةَ في الاستئذان أن يُرسِلَ إليها نسوةً نقات ينظرن ما في نفسها، والأُمُّ بذلك أولى؛ لأنها تطلع على ما لا يطلع عليه غيرها)) اهـ.

[١١٥٢٢] (قوله: أو وكيله أو رسوله) الأوَّلُ أن يقول: وكلُّك تستأذن لي فلانة في كذا، والثاني أن يقول: اذهب إلى فلانة وقل لها: إنَّ أحاك فلاناً يستأذنك في كذا.

[١١٥٢٣] (قوله: وأخبرها رسوله إلخ) أفاد أنَّ قول "المصنّف": ((أو زوجها)) محمولٌ على ما إذا زوجها في غيبتها، وهذا وإن كان خلاف المتبادر منه لكن يُرجحُه دُفعُ التكرار مع قوله الآتي (٧): ((وكذا إذا زوجها عندها فسكتت))، وفي "البحر" (٨): ((واختلف فيما إذا زوجها

(١) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٨/أ - ب بتصرف.

(٢) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل الولي والكفء ٢٧٧/١ نقلاً عن "النظم".

(٣) "الأصل": كتاب نكاح البكر ٧/٥.

(٤) في "د" زيادة: ((وتشمل ما إذا خاصمت الزوج في المهر، وفيه خلاف، وتمامه في "البحر")). ق ١٥٥/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٢/٣.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢١/٣.

(٧) "در" ص ٢٠٩.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢١/٣.

أو فضوليَّ عَدْلٍ (فَسَكَّتُ) عن^(١) رَدِّهِ مُخْتَارَةً (أو ضَحِكْتُ).....

غَيْرَ كَفٍّ فَبَلَّغَهَا فَسَكَّتُ، فَقَالَا: لَا يَكُونُ رِضًا، وَقِيلَ فِي قَوْلِ "أَبِي حَنِيفَةَ": يَكُونُ رِضًا إِنْ كَانَ الْمَرْجُوحُ أَبًا أَوْ جَدًّا، وَإِنْ كَانَ غَيْرَهُمَا فَلَا كَمَا فِي "الْحَانِيَّة"^(٢) أَخَذًا مِنْ مَسْأَلَةِ الصَّغِيرَةِ الْمَرْجُوحَةِ مِنْ غَيْرِ كَفٍّ) اهـ.

قال في "النَّهْر"^(٣): ((وَجَزَمَ^(٤)) فِي "الدَّرَايَةِ" بِالْأَوَّلِ بِلَفْظٍ: قَالُوا)).

[١١٥٢٤] (قَوْلُهُ: أَوْ فَضُولِيَّ عَدْلٍ) الشَّرْطُ فِي الْفُضُولِيِّ الْعَدَالَةُ أَوْ الْعَدْدُ، فَيَكْفِي إِخْبَارُ وَاحِدٍ عَدْلٍ أَوْ مَسْتَوْرَيْنِ عِنْدَ "أَبِي حَنِيفَةَ"، وَلَا يَكْفِي إِخْبَارُ وَاحِدٍ غَيْرِ عَدْلٍ، وَلَهَا نِظَائِرُ سِتَاتِي^(٥) فِي مُتَفَرِّقَاتِ الْقَضَاءِ.

[١١٥٢٥] (قَوْلُهُ: فَسَكَّتُ) أَي: الْبِكْرُ الْبَالِغَةُ بِخِلَافِ الْإِبْنِ الْكَبِيرِ، فَلَا يَكُونُ سَكْوَتُهُ رِضًا حَتَّى يَرْضَى بِالْكَلَامِ، "كَافِي الْحَاكِمِ".

[١١٥٢٦] (قَوْلُهُ: عَنْ رَدِّهِ) قِيْدٌ بِهِ إِذْ لَيْسَ الْمُرَادُ مُطْلَقَ السَّكْوَتِ؛ لِأَنَّهَا لَوْ بَلَّغَهَا الْخَيْرُ فَتَكَلَّمْتُ بِأَجْنَبِيٍّ فَهُوَ سَكْوَتٌ هُنَا، فَيَكُونُ إِجَازَةً، فَلَوْ قَالَتْ: الْحَمْدُ لِلَّهِ احْتَرَتْ نَفْسِي، أَوْ قَالَتْ: هُوَ دَبَّاعٌ لَا أُرِيدُهُ فَهَذَا كَلَامٌ وَاحِدٌ، فَهُوَ رَدٌّ^(٦)، "بَحْر"^(٧).

[١١٥٢٧] (قَوْلُهُ: مُخْتَارَةً) أَمَّا لَوْ أَخَذَهَا [٤٧ق/٣] عَطَاسٌ أَوْ سَعَالٌ حِينَ أُخْبِرَتْ، فَلَمَّا ذَهَبَ قَالَتْ: لَا أَرْضِي، أَوْ أَخَذَ فَمَعَهَا ثُمَّ تَرَكَ فَقَالَتْ ذَلِكَ صَحَّ رَدُّهَا؛ لِأَنَّ سَكْوَتَهَا كَانَ عَنْ اضْطِرَارٍّ، "بَحْر"^(٨)^(٩).

(١) فِي "ط": ((عِنْد)).

(٢) "الْحَانِيَّة": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَضْلٌ فِي شُرَاطِئِ النِّكَاحِ ٣٣٨/١ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

(٣) "النَّهْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ق ١٦٩/ب.

(٤) فِي "م": ((وَجَزَمَ)).

(٥) انْظُرْ "الْدَّر" عِنْدَ الْمَقُولَةِ [٢٦٧٢٥] قَوْلُهُ: ((أَوْ فَاسَق)).

(٦) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((كَذَا فِي "الظَهْرِيَّة"))). ق ١٥٥/أ.

(٧) "الْبَحْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١١٩/٣.

(٨) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((عَنْ "الْحَانِيَّة"))). ق ١٥٥/أ.

(٩) "الْبَحْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١١٩/٣.

غير مُستهزئة، أو تَبَسَّمتْ أو بَكَتْ بلا صوت^(١) فلو بصوت لم يكن إَذَاً ولا رَدًّا، حتَّى لو رَضِيَتْ بعدهُ انعقدَ، "معراج" وغيره. فما في "الوقاية" و"الملتقى" فيه نظرٌ..

[١١٥٢٨] (قوله: غير مُستهزئة) وَضِحْكُ الاستهزاء لا يخفى على مَنْ يَحْضُرُهُ؛ لأنَّ الضَّحْكَ إِنَّمَا جُعِلَ إِذَاً لدلاليته على الرِّضَا، فإذا لم يَدُلَّ على الرِّضَا لم يكن إِذَاً، "بجر"^(٢) وغيره. [١١٥٢٩] (قوله: أو بَكَتْ بلا صوت) هو المختار للفتوى؛ لأنَّه حَزَنٌ على مُفَارَقَةِ أهلها، "بجر"^(٣)، أي: وإنما يكونُ ذلك عند الإجازة، "معراج". [١١٥٣٠] (قوله: فما في "الوقاية"^(٤) و"الملتقى"^(٥)) أي: ((من أَنَّهُ هو والبكاء بلا صوت إِذَاً، ومعه رَدٌّ)).

[١١٥٣١] (قوله: فيه نظر) أي: لمخالفته لما في "المعراج"، ولا يخفى ما فيه، فإنَّ ما في "الوقاية" و"الملتقى" ذَكَرَ مَثْلَهُ في "النقاية"^(٦) و"الإصلاح"، والتَّوْنُ مُقَدِّمَةٌ على الشُّرُوح، وفي "شرح الجامع الصَّغير" لـ "قاضي خان"^(٧): ((وإنَّ بَكَتْ كان رَدًّا في إحدى الروايتين

(قوله: وفي "شرح الجامع الصغير" لـ "قاضي خان": ((وإنَّ بَكَتْ كان رَدًّا في إحدى الروايتين إِنْ)) ما فيه لا يُخَالِفُ ما في "المعراج"؛ إذ موضوع ما في "الجامع" البكاء عن الصَّوت والويل، وهذا لا يَتَوَهَّمُ

(١) في "د" زيادة: ((قوله: أو بكت بلا صوت إلخ، أقول: فلو اختلفا، فقال الزوج: بَكَتْ بلا صوت، وقالت: بصوت، ولم أرضَ، فالقول قولها؛ لأنها منكرة وهو المدَّعي رافقه الحال، تأمل. خير الدين الرملي)). ق ١٥٥/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٠/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢١/٣.

(٤) انظر "شرح الوقاية": كتاب النكاح - باب الولي والكفء ١٦٨/١ هامش "كشف الحقائق".

(٥) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٢٤٣/١.

(٦) انظر شرح "النقاية" لملا علي القاري: كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٥٦٧/٨.

(٧) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب تزويج البكر والصغير والصغيرة ١/٧٤ أ.

(فهو إذن) أي: توكيلٌ في الأوَّلِ إِنْ اتَّحَدَ الْوَلِيُّ.....

عن "أبي يوسف"، وعنه في رواية يكون رضا، قالوا: إِنْ كَانَ الْبُكَاءُ عَنْ صَوْتٍ وَوَيْلٍ لَا يَكُونُ رِضًا، وَإِنْ كَانَ عَنْ سُكُوتٍ فَهُوَ رِضًا) اهـ.

وبه ظهر أنَّ أَصْلَ الْخِلَافِ فِي أَنَّ الْبُكَاءَ هَلْ هُوَ رَدٌّ أَوْ لَا؟ وَقَوْلُهُ: ((قَالُوا لِمَ)) تَوْفِيقٌ بَيْنَ الرَّوَايَتَيْنِ، فَمَعْنَى: لَا يَكُونُ رِضًا أَنَّهُ يَكُونُ رَدًّا كَمَا فَهَّمَهُ صَاحِبُ "الْوَقَايَةِ"^(١) وَغَيْرُهُ، وَصَرَّحَ بِهِ أَيْضًا فِي "الذَّخِيرَةِ"، حَيْثُ قَالَ بَعْدَ حِكَايَةِ الرَّوَايَتَيْنِ: ((وَبَعْضُهُمْ قَالُوا: إِنْ كَانَ مَعَ الصَّبَاحِ وَالصَّوْتِ فَهُوَ رَدٌّ، وَإِلَّا فَهُوَ رِضًا، وَهُوَ^(٢) الْأَوْجَهُ، وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى)) اهـ.

كَيْفَ وَالْبُكَاءُ بِالصَّوْتِ وَالْوَلِيُّ قَرِينَةٌ عَلَى الرَّدِّ وَعَدَمِ الرِّضَا؟! وَعَنْ هَذَا قَالَ فِي "الْفَتْحِ"^(٣) بَعْدَ حِكَايَةِ الرَّوَايَتَيْنِ: ((وَالْمَعْوَلُ اعْتِبَارُ قَرَائِنِ الْأَحْوَالِ فِي الْبُكَاءِ وَالصُّحُكِ، فَإِنْ تَعَارَضَتْ أَوْ أَشْكَلَ احْتِطَاءً)) اهـ، فَقَدْ ظَهَرَ لَكَ أَنَّ مَا فِي "المعراج" ضَعِيفٌ لَا يُعَوَّلُ عَلَيْهِ.

[١١٥٣٢] (قَوْلُهُ: فَهُوَ إِذَنْ) أَي: وَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ أَنَّهُ إِذَنْ كَمَا فِي "الْفَتْحِ"^(٤).

[١١٥٣٣] (قَوْلُهُ: أَي: تَوَكِيلٌ فِي الْأَوَّلِ) أَي: فِيمَا إِذَا اسْتَأْذَنَهَا قَبْلَ الْعَقْدِ، حَتَّى لَوْ قَالَتْ بَعْدَ ذَلِكَ: لَا أَرْضَى، وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ الْوَلِيُّ فَرَوَّجَهَا صَحَّ كَمَا فِي "الظَّهْرِيَّةِ"^(٥)؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ لَا يَنْعَزِلُ

أَحَدٌ أَنَّهُ رِضًا، وَمَوْضُوعٌ مَا فِي "المعراج" بُكَاءٌ عَنْ صَوْتٍ أَي: مُجَرَّدٌ عَنِ الْوَيْلِ، وَلَا يُعْلَمُ مِنْ عِبَارَةِ "الْجَامِعِ" حُكْمُ الْبُكَاءِ عَنْ صَوْتٍ بِلَوْنٍ وَبِلٍ، وَيُعْلَمُ مِمَّا ذَكَرَهُ فِي "الذَّخِيرَةِ" أَنَّهُ رِضًا، وَأَنَّهُ الْأَوْجَهُ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى، فَقَدْ اخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُهُمْ فِي الْبُكَاءِ عَنْ الصَّوْتِ؛ فَعَلَى مَا فِي "المعراج" لَيْسَ إِذْنًا وَلَا رَدًّا، وَعَلَى مَا فِي "الْوَقَايَةِ" هُوَ رَدٌّ، وَعَلَى مَا فِي "الذَّخِيرَةِ" هُوَ رِضًا.

(١) انظر "شرح الوقاية": كتاب النكاح - باب الولي والكفء ١٦٨/١ (هامش "كشف الحقائق").

(٢) من ((الصوت)) إلى ((وهو)) ساقط من "أ".

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٤/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٤/٣.

(٥) "الظهريّة": كتاب النكاح - الفصل الرابع في نكاح الأبيكار والتيب ومعرفة الأكفاء ق ٧٦/ب.

- فلو تعدّد المزوج لم يكن سكوتها إذناً - وإجازة في الثاني إن بقي النكاح، لا لو بطل بموته، ولو قالت بعد موته: زوجني أبي بأمرى، وأنكرت الورثة.....

حتى يعلم، "بحر" (١).

[١١٥٣٤] (قوله: فلو تعدّد المزوج إلخ) عبارة "البحر" (٢): ((ولو زوجها وليان متساويان كل واحد منهما من رجل، فأجازتهما معاً بطلا لعدم الأولوية، وإن سكنت بقيا موقوفين حتى تحيز أحدهما بالقول أو بالفعل، [٣/٤٧٤ب] وهو ظاهر الجواب كما في "البدائع" (٣)) اهـ.

ولا يخفى أن هذا في الإجازة والكلام الآن في التوكيل، أي: الإذن قبل العقد، لكن الظاهر أن الحكم لا يختلف في الموضعين إن زوجها معاً بعد الاستئذان، أمّا لو استأذناها فسكنت، فزوجها متعاقباً من رجلين ينبغي أن يصح السابق منها لعدم المراجيح، فافهم.

[١١٥٣٥] (قوله: وإجازة) عطف على ((توكيل))، وقوله: ((في الثاني)) أي: فيما إذا (٤) استأذنها بعد العقد، وهذا هو الأصح، وفي رواية: لا يكون السكوت بعد العقد رضا كما بسطه في "الفتح" (٥)، وقد منّا (٦) الخلاف أيضاً فيما إذا زوجها غير كف قبلها فسكنت.

[١١٥٣٦] (قوله: لا لو بطل بموته) لأن الإجازة شرطها قيام العقد، "بحر" (٧).

(قوله: أمّا لو استأذناها فسكنت، فزوجها متعاقباً من رجلين، ينبغي أن يصح السابق إلخ) فيه أن سكوتها بعد الاستئذان توكيل لهما بالزواج، وليس لأحد الوكيلين الانفراد فلا ينفذ عليها السابق من العقدين بل يكون كل منهما موقوفاً على إجازتها فأياً أجازته نفذ. نعم لو استأذناها على التعاقب يصح السابق منهما.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٩/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٩/٣.

(٣) "البدائع": كتاب النكاح - بيان شرائط جواز النكاح ونفاذه - فصل: وأما الذي يرجع إلى المولى عليه ٢٤٣/٢.

(٤) ((إذا)) ساقطة من "م".

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٧/٣.

(٦) المقولة [١١٥٢٣] قوله: ((وأخبرها رسول إلخ)).

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٢/٣.

فالقولُ لها، فَنَرِثُ وتَعْتَدُ، ولو قالت: بغيرِ أمري لَكِنَّهُ بَلَّغَنِي فَرَضِيَّتُ فالقولُ لهم، وقولُها: ((غَيْرُهُ أُولَى مِنْهُ)) رَدُّ قَبْلِ الْعَقْدِ لَا بَعْدَهُ،

[١١٥٣٧] (قوله: فالقولُ لها) لَأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الْمُسْلِمَ الْمَكْلُفَ لَا يَعْقِدُ إِلَّا الْعَقْدَ الصَّحِيحَ النَّافِذَ.

[١١٥٣٨] (قوله: فالقولُ لهم) لَأَنَّهَا أَقَرَّتْ أَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ غَيْرَ تَامٍ، ثُمَّ ادَّعَتْ النَّفَادَ بَعْدَ ذَلِكَ، فَلَا يُقْبَلُ مِنْهَا لِمَكَانِ التَّهْمَةِ، "بِحَرِّ" ^(١). وَحِينَئِذٍ فَلَا تَرِثُ، وَهَلْ تَعْتَدُ؟ فَإِنْ كَانَتْ صَادِقَةً فِي نَفْسِ الْأَمْرِ فَلَا شَكَّ فِي وَجُوبِ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا دِيَانَةً، وَإِلَّا فَلَا، نَعَمْ لَوْ أَرَادَتْ أَنْ تَتَزَوَّجَ تَمَنَعُ مُوَاحَذَةِهَا بِقَوْلِهَا، وَأَمَّا لَوْ تَزَوَّجَتْ فِي "الدَّخِيرَةِ": ((لَوْ تَزَوَّجَتْ الْمَرْأَةُ ثُمَّ ادَّعَتْ الْعِدَّةَ ^(٢)، فَقَالَ الزَّوْجُ: تَزَوَّجْتُكَ بَعْدَهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي الصَّحَّةَ)) اهـ. فَلَعَلَّهُ يُقَالُ هُنَا كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهَا السَّابِقَ لَمْ يَثْبُتْ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، هَذَا مَا ظَهَرَ لِي.

[١١٥٣٩] (قوله: وقولُها: غَيْرُهُ) أَي: غَيْرُ هَذَا الزَّوْجِ.

[١١٥٤٠] (قوله: رَدُّ قَبْلِ الْعَقْدِ لَا بَعْدَهُ) فَرَفُّوا بَيْنَهُمَا بِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْإِذْنَ وَعَدَمُهُ، فَقَبِلَ النِّكَاحَ لَمْ يَكُنِ النِّكَاحُ، فَلَا يَجُوزُ بِالشَّكِّ، وَبَعْدَهُ كَانَ فَلَا يَبْطُلُ بِالشَّكِّ، كَذَا فِي "الظَّهْرِيَّة" ^(٣)، وَهُوَ مُشْكِلٌ بِأَنَّهُ لَا يَكُونُ نِكَاحًا إِلَّا بَعْدَ الصَّحَّةِ وَهِيَ بَعْدُ الْإِذْنِ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَيْسَ بِإِذْنٍ فِيهِمَا، "بِحَرِّ" ^(٤). وَأَصْلُ الْإِشْكَالِ لِصَاحِبِ "الْفَتْح" ^(٥)، وَأَجَابَ عَنْهُ "الْمَقْدِسِيُّ":

(قوله: وَأَصْلُ الْإِشْكَالِ لِصَاحِبِ "الْفَتْح"، وَأَجَابَ عَنْهُ "الْمَقْدِسِيُّ": بِأَنَّ الْعَقْدَ الْخَطَّ الْأَطْلَهُ فِي تَوْجِيهِ الْفَرْقِ أَنْ يُقَالَ: ((لَمَّا كَانَ قَوْلُهَا: ((غَيْرُهُ أُولَى مِنْهُ))؛ مُحْتَمِلًا لِلْإِذْنِ، عَدَمُهُ لَا يَكُونُ إِذْنًا أَي: تَوْكِيدًا

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٢/٣.

(٢) من ((نعم)) إلى ((العدة)) ساقط من "أ".

(٣) "الفتاوى الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الرابع في نكاح الأبكار واليتيم ومعرفة الأكفاء ق ٧٦/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٠/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٨/٣.

ولو زَوَّجَهَا لِنَفْسِهِ فُسْكَوتُهَا رَدٌّ بَعْدَ الْعَقْدِ لَا قَبْلَهُ، وَلَوْ اسْتَأْذَنَهَا فِي مَعِينٍ فَرَدَّتْ..

((بِأَنَّ الْعَقْدَ إِذَا وَقَعَ، ثُمَّ وَرَدَ بَعْدَهُ مَا يَحْتَمِلُ كَوْنَهُ تَقْرِيراً لَهُ وَكَوْنَهُ رَدّاً تَرْجَحُ بِوُقُوعِهِ
احْتِمَالُ التَّقْرِيرِ، وَإِذَا وَرَدَ قَبْلَهُ مَا يَحْتَمِلُ الْإِذْنَ وَعَدَمُهُ تَرْجَحُ الرُّدُّ لِعَدَمِ وَقُوعِهِ، فَيَمْنَعُ مِنْ
إِقْبَاعِهِ لِعَدَمِ تَحَقُّقِ الْإِذْنِ فِيهِ)).

[١١٥٤١] (قوله): وَلَوْ زَوَّجَهَا لِنَفْسِهِ (لِخ) محذَرُ قول "المصنف" ^(١): ((أَوْ ٤٨٣/٣ / زَوَّجَهَا))،
أي: أَنَّ الْوَلِيَّ لَوْ زَوَّجَهَا - كَابْنِ الْعَمِّ إِذَا تَزَوَّجَ بِنْتَ عَمِّهِ الْبِكْرِ الْبَالِغِ - بِغَيْرِ إِذْنِهَا، فَبَلَغَهَا الْخَيْرُ ^(٢)
فُسْكَتَتْ لَا يَكُونُ رِضًا؛ لِأَنَّهُ كَانَ أَصِيلاً فِي نَفْسِهِ فَضُولِيّاً فِي جَانِبِ الْمَرْأَةِ، فَلَمْ يَتِمَّ الْعَقْدُ فِي قَوْلِ
"أَبِي حَنِيفَةَ" وَ"مَحْمَدٍ"، فَلَا يَعْمَلُ الرِّضَا، وَلَوْ اسْتَأْمَرَهَا فِي التَّزْوِيجِ مِنْ نَفْسِهِ فُسْكَتَتْ جَارِ إِجْمَاعاً،
"بِحَرِّ" ^(٣) عَنْ "الْحَنَافِيَّةِ" ^(٤).

والحاصل: أَنَّ الْفَضُولِيَّ وَلَوْ مِنْ جَانِبٍ إِذَا تَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ لَا يَتَوَقَّفُ عَقْدُهُ عَلَى الْإِجَازَةِ
عِنْدَهُمَا بَلْ يَقَعُ بَاطِلاً، بِخِلَافِ مَا لَوْ بَاشَرَ الْعَقْدَ مَعَ غَيْرِهِ مِنْ أَصِيلٍ أَوْ وَلِيٍّ أَوْ وَكِيلٍ ^(٥) أَوْ
فَضُولِيٍّ آخَرَ، فَإِنَّهُ يَتَوَقَّفُ اتِّفَاقاً كَمَا سَيَأْتِي ^(٦) آخِرَ بَابِ الْكِفَاءَةِ ^(٧).

قبله؛ لِعَدَمِ ثُبُوتِ التَّوَكُّلِ بِالشُّكِّ، وَلَوْ قَالَتْهُ بَعْدَهُ لَا يَكُونُ رَدّاً وَابْطَالاً لَهُ، لِلْإِحْتِمَالِ أَيْضاً فَلَا يَثْبُتُ
بِالشُّكِّ، وَالنِّكَاحُ الْمَوْقُوفُ صَحِيحٌ، وَلَهُ وَجُودٌ فِي ذَاتِهِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ أَحْكَامُهُ إِلَّا بِالنَّفَاقِ؛ فَإِذَا
وُجِدَ مِنْهَا مَا يَحْتَمِلُ الرَّدَّ وَعَدَمَهُ لَا يَكُونُ رَدّاً؛ لِعَدَمِ ثُبُوتِهِ بِهِ كَالْتَّوَكُّلِ.

(١) "در" ص ١٩٨ - ١.

(٢) ((الخير)) ليست في "ب" و"م".

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٢٢/٣.

(٤) "الحنانية": كتاب النكاح - فصل في شرائط النكاح ٣٣٩/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) ((وکیل)) ساقطة من "الأصل".

(٦) ((المقولة رقم [١١٨٥٢] قوله: ((كنكاح الفضولي)).

(٧) من ((والحاصل)) إلى ((الكفاءة)) ساقط من "٣".

ثُمَّ زَوَّجَهَا مِنْهُ فَسَكَّتْ^(١) صَحَّ فِي الْأَصَحِّ، بِخِلَافِ مَا لَوْ بَلَغَهَا فَرَدَّتْ، ثُمَّ قَالَتْ: رَضِيتُ لَمْ يَجْزُ لِبَطْلَانِهِ بِالرَّدِّ، وَلِذَا اسْتَحْسِنُوا التَّجْدِيدَ عِنْدَ الزَّوَافِ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ إِظْهَارُ النَّفَرَةِ عِنْدَ فَجَاءَةِ السَّمَاعِ، وَلَوْ اسْتَأْذَنَهَا فَسَكَّتْ، فَوَكَّلَ مَنْ يُزَوِّجُهَا مِنْ سَمَاءٍ جَازٍ....

[١١٥٤٢] (قوله: فسكتت) أمّا لو قالت حين بلغها: قد كنت قلت: إنني لا أريد فلاناً، ولم تردّ على هذا لم يجز النكاح؛ لأنها أخبرت أنها على إباحتها الأول، "ذخيرة".

[١١٥٤٣] (قوله: بخلاف ما لو بلغها إلخ) لأنّ نفاذ التزويج كان موقوفاً على الإجازة وقد بطل بالردّ، والردّ في الأول كان للاستئذان لا للتزويج^(٢) العارض بعده، لكن قال في "الفتح"^(٣): ((الأوجه عدم الصّحة؛ لأنّ ذلك الردّ الصريح يضعف كون ذلك السكوت دلالة الرضا)) اهـ، وأقرّه في "البحر"^(٤).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ولو استأذنها في معيّن فردت، ثم زوّجها منه فسكتت إلخ، وفي "الأشبهاء": ادعت بعد الزفاف أنها تزوّجت بغير رضاها فاقول لها إذا طأعته في الزفاف. انتهى. قال الحموي: وإذا برهنت أنها كانت ردة قبل الزفاف، هل يقبل برهانها أو لا؟ فيه خلاف، واختلاف تصحيح، فقيل: يقبل برهانها، والصحيح: أنه لا يقبل؛ لأنّ التمكن من الوطء كالإقرار كما في "الولولجية"، وفي "منية المفتي": أنه المختار، وفي "البرازية": الأب إذا زوّج البالغة، وتسلّمها الزوج، ودخل بها الزوج، ثم برهنت على أنها كانت ردت النكاح قبل إجازتها فاللذكور في الكذب أنها تقبل، قال صاحب "الواقعات": الصحيح عدم القبول؛ لأنها متناقضة في الدعوى، والبيئة ترتب على الصحيحة، والصحيح القبول كما ذكر في الكتب، وإن بطلت الدعوى فالبيئة لا تبطل؛ لأنها قامت على تحريم الفرج، والبرهان عليه مقبول بلا دعوى.

غاية الأمر: أنّ الشهود شهدوا على ردّها العقد كما سمعت، وتصادق الزوج والمرأة على الإجازة فإنه يحكم بانفساخ العقد لتضمنه حرمة الفرج، والمفسوخ لا تلحقه الإجازة. انتهى. وقد ألف شيخ مشايخنا العلامة نور الدين عليّ المقدسي في هذه المسألة رسالة اعتمد فيها على تصحيح القبول، والمختار: أن الزفاف لا يكره إذا لم يشتمل على مفسدة كما في "الفتح".

قلت: هو حرام في زماننا فضلاً عن الكراهة؛ لأمر لا تخفى عليك، منها: اختلاط النساء بالرجال، وفي الذخيرة: ضرب الدّف في العرس مختلف فيه، ومجمله: ما لا جلاجل له، أمّا ما له جلاجل فمكروه، وقد اختلفوا في الغناء في العرس والوليمة، فمنهم من قال بعدم الكراهة كضرب الدّف، انتهى)). ق ١٥٥/ب.

(٢) في "ب" و"م": ((التزويج)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٧/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢١/٣.

إِنْ عُرِفَ^(١) الزَّوْجُ والمهرُ كما في "القنية"^(٢)، واستشكَّلهُ في "البحر"^(٣):.....

وقد يقال: إِنَّه قد تكونُ عَلِمَتْ بعد ذلك بحسن حاله، وقد يكونُ رَدُّها الأوَّلُ حيَّاءً؛ لما علَّمَتْه من أنَّ الغالب إظهارُ النفرة عند فجأة السَّماع، ولو كانت على امتناعها الأوَّلِ صرَّحتْ بالرَّدِّ كما صرَّحتْ به أوَّلًا ولم تَسْتَح منه.

[١١٥٤٤] (قوله: إِنْ عُرِفَ) بالبناء للمجهول، ونائبُ الفاعل ضميرُ المرأة، والذي في "البحر"^(٤): ((إِنْ عَرَفَتْ)).

[١١٥٤٥] (قوله: والمهر) ينبغي أن يكون على الخلاف كما في مسألة المتن الآتية^(٥)، "ح"^(٦).

[١١٥٤٦] (قوله: واستشكَّلهُ في "البحر" إلخ) يُؤيِّده ما قدَّمناه^(٧) أوَّلَ النِّكاح في أنَّ قوله: زَوْجَتِي توكيلٌ أو إيجابٌ، عن "الخلاصة"^(٨): ((لو قال الوكيلُ^(٩): هَبْ ابْنَتَكَ لِفُلان، فقال: وَهَبْتُ، لا ينعقد ما لم يَقُل الوكيلُ بعده: قَبِلْتُ؛ لأنَّ الوكيل لا يَمْلِكُ التَّوكيل)) اهـ. فهذا يدلُّ على أنَّ الوكيل ليس له التَّوكيل في النِّكاح، وأنَّه ليس من المسائل التي استثنوا

(قوله: وقد يقال: إِنَّه قد تكونُ عَلِمَتْ بعد ذلك إلخ) ما قاله يدلُّ على تصحيح القول بالصَّحَّة، لكنَّه لا ينفي الاحتمال الذي ذكره في "الفتح"، فما زال السُّكوتُ مُحْتَمِلًا والإذن لا يَثْبُت بالشكِّ.

(قوله: فهذا يدلُّ على أنَّ الوكيلُ إلخ) ما قدَّمه عن "الخلاصة" لا يدلُّ على عدم صحَّة توكيل

(١) في "ب": ((عرفت)).

(٢) "القنية": كتاب النِّكاح - باب في نكاح الأبقار ق ٣٣/ب.

(٣) "البحر": كتاب النِّكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٢٤/٣.

(٤) "البحر": كتاب النِّكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٢٤/٣.

(٥) "در" ص ٢٠٨.

(٦) "ح": كتاب النِّكاح - باب الولي ق ١٥٩/ب.

(٧) المقولة [١١١٤٢] قوله: ((بل هو توكيل ضمني)).

(٨) "خلاصة الفتاوى": كتاب النِّكاح - الفصل الحادي عشر في الوكالة ق ٨١/أ.

(٩) في "م": ((لوكيل))، وهو خطأ.

((بأنه ليس للوكيل أن يؤكّلَ بلا إذنٍ))، فمقتضاه عدم الجواز أو أنها مستثناة (إن عَلِمَتِ بالزَّوج) أنه مَنْ هو؟ لتُظهِرَ الرَّغْبَةَ فيه أو عنه، ولو في ضِمْنِ العامِّ كحيراني أو بَنِي عَمِّي لو يُحْصَوْنَ،.....

من هذه القاعدة، وقال "الرحمّي" هناك: ((وفي "حاشية الحموي" على "الأشباه" ^(١)) عن كلام "حمّاد" في "الأصل": أن مباشرة وكيل الوكيل بمضرة الوكيل في النكاح لا تكون كمباشرة الوكيل بنفسه بخلافه في البيع، وفي "مختصر عصام": أنه جعله [٣/٤٨ق/ب] كالبيع، فمباشرة بمحضرة كمباشرة بنفسه)) اهـ.

فيمكن أن يكون ما في "القنية" ^(٢) مُفْرَعاً على رواية "عصام"، لكن "الأصل" - وهو "المبسوط" - من كتب ظاهر الرواية، فالظاهر عدم الجواز، فافهم.

[١١٥٤٧] (قوله: ولو في ضمن العام) وكذا لو سَمِيَ لها فلاناً أو فلاناً، فسكّنتَ فله أن يُزَوَّجَهَا من أيّهما شاء، "بحر" ^(٣).

[١١٥٤٨] (قوله: لو يُحْصَوْنَ) عبارة "الفتح" ^(٤): ((وهم محصورون معروفون لها)) اهـ، ومقتضاها أنها لو لم تعرفهم لم يصح وإن كانوا محصورين.

الوكيل في النكاح مع معرفة المرأة الزوج والمهر، والموافق لما يأتي في الوكالة - من أن له التوكيل عند تقدير الثمن لحصول المقصود - أن يُقالَ هنا كذلك، فحيث كان الزوج والمهر معلومين يصحّ توكيل الوكيل، ويُزَلَّ تعيين المهر منزلة تعيين الثمن فزال الإشكال، وتبين أنه لا حاجة لحمل ما في "القنية" على ما إذا باشر الوكيل الثاني بمضرة الوكيل الأول جاريّاً على رواية "عصام"، وتبين أيضاً أن معرفة المهر لأبد منها وليس فيها الخلاف كما في مسألة "المتن".

(١) "غمر عيون البصائر": كتاب الوكالة ٢٥/٣ بتصرف.

(٢) "القنية": كتاب النكاح - باب في نكاح الأيثار ٣٣ق/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٠/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٦/٣.

وإلا لا ما لم تُفوض له^(١) الأمر (لا) العلم (بالمهر) وقيل: يُشترط، وهو قول المتأخرين، "بجر" عن "الذخيرة"، وأقره "المصنف"^(٢).....

[١١٥٤٩] (قوله: وإلا لا) كقوله: أزوجك من رجلٍ أو من بني تميم، "بجر"^(٣).

[١١٥٥٠] (قوله: ما لم تُفوض له الأمر) أمّا إذا قالت: أنا راضية بما تفعله أنت، بعد قوله: إن أقواماً يخطبونك، أو: زوجني ممن تختاره ونحوه فهو استئذان صحيح كما في "الطهريّة"^(٤)، وليس له بهذه المقالة أن يزوجها من رجلٍ ردت نكاحه أولاً؛ لأنّ المراد بهذا العموم غيره كالتركيب بتزويج امرأة، ليس للوكيل أن يزوج مطلقته إذا كان الزوج قد شكّا منها للوكيل وأعلمه بطلاقها كما في "الطهريّة"^(٥)، "بجر"^(٦).

[١١٥٥١] (قوله: لا العلم بالمهر) أشار بتقدير العلم إلى أنّ "المصنف" راعى المعنى في عطفيه ((المهر)) على ((الزوج))^(٧)، وأصل التركيب بشرط العلم بالزوج لا المهر، "ح"^(٨).
[١١٥٥٢] (قوله: وقيل: يُشترط) أشار إلى ضعفه وإن قال في "الفتح"^(٩): ((إنّه الأوجه))؛ لأنّ صاحب "الهداية"^(١٠) صحّح الأول، وقال في "البحر"^(١١): ((إنّه المذهب؛ لقول "الذخيرة": إن إشارات كتب "حمّدي" تدلّ عليه)) اهـ.

(١) ((له)) ساقطة من "د".

(٢) أي: "النكح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الولي ١/ق ١١٩/أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٠/٣ يتصرف.

(٤) "الطهريّة": كتاب النكاح - الفصل الثالث في معرفة الأولياء ونكاح الصغار والصغار ق ٧٦/أ.

(٥) "الطهريّة": كتاب النكاح - الفصل الثالث في معرفة الأولياء ونكاح الصغار والصغائر ق ٧٦/أ.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٠/٣.

(٧) في "ب" و"م": ((الزوج))، وما أثبتناه من "الأصل" و"آ" هو الموافق لعبارة المتن.

(٨) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٩/ب.

(٩) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٦/٣.

(١٠) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٩٧/١.

(١١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢١/٣ يتصرف.

وما صحَّحَهُ في "الدُّرر" عن "الكافي" رَدَّهُ "الكمال" (وكذا إذا زَوَّجَهَا الوليُّ عندها) أي: بحضرتها (فسكَّنتُ) صَحَّ (في الأصحَّ).....

قلت: وعلى القولِ باشتراط تسميته يُشترطُ كونه مهرَ المثل، فلا يكونُ السُّكوتُ رضا بدونه كما في "البحر" ^(١) عن "الزَّيْلَعِي" ^(٢)، وبقي على القولِ بعدم الاشتراط فهل يُشترطُ أن يزَّوجَهَا مهرَ المثل، حتَّى لو نقصَ عنه لم يصحَّ العَقْدُ إلَّا برضاها؟ صارت حادثة الفتوى، ورأيت في الحادي عشر من "البرازية" ^(٣): ((وإن لم يُذكر المهرُ، فزَوَّجَ الوكيلُ بأكثرَ من مهرِ المثل بما لا يتغابنُ النَّاسُ فيه، أو بأقلَّ من المثل بما لا يتغابنُ فيه النَّاسُ صحَّ عنده خلافاً لهما؛ لكنَّ للأولياء حقَّ الاعتراضِ في جانب المرأة دفعاً للعارِ عنهم)) اهـ، أي: إذا رَضِيَتْ بذلك. ومقتضاه: أنه إذا كان الوكيلُ هو الوليُّ - كما في حادِثنا - ورَضِيَتْ به صحَّ، وإلَّا فلا، تأمل.

[١١٥٥٣] (قوله: وما صحَّحَهُ في "الدُّرر" ^(٤)) أي: من التَّفصيل، وهو: ((أنَّ الوليَّ إنَّ كان أباً أو جدّاً فذكرُ الزَّوج [٣/٤٩ق/١] يكفي؛ لأنَّ الأب لو نقصَ عن مهرِ المثل لا يكونُ إلَّا لمصلحة تزيُّدٍ عليه، وإن كان غيرهما فلا بدُّ من تسمية الزَّوج والمهر)).

[١١٥٥٤] (قوله: عن "الكافي" ^(٥)) أي: ناقلاً تصحيحَهُ عن "الكافي"، فافهم.

[١١٥٥٥] (قوله: رَدَّهُ "الكمال" ^(٦)) بقوله: ((وما ذُكرَ من التَّفصيل ليس بشيء؛ لأنَّ ذلك في تزويجِ الصَّغيرة بحكم الجبر، والكلامُ في الكبيرة التي وجبَ مُشاورةُ لها، والأب في ذلك كالأجنبي)).

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢١/٣ بتصرف.

(٢) "تبين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٩/٢ بتصرف.

(٣) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الحادي عشر في الوكالة ١٣٠/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "الدُّرر": كتاب النكاح - باب الولي والكفء ٣٣٦/١ بتصرف نقلاً عن "الكافي".

(٥) "كافي النسفي": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٠٦/ب.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٦/٣.

إِنْ عَلِمْتُهُ كَمَا مَرَّ^(١)، وَالسُّكُوتُ كَالنُّطْقِ فِي سَبْعٍ وَثَلَاثِينَ مَسْأَلَةً مَذْكُورَةً فِي "الْأَشْبَاهَ" (فَإِنْ اسْتَأْذَنَهَا غَيْرَ الْأَقْرَبِ) كَأَحْنِيٍّ أَوْ وَلِيٍّ بَعِيدٍ.....

[١١٥٥٦] (قَوْلُهُ: إِنْ عَلِمْتُهُ) أَي: الزَّوْجَ، وَأَمَّا الْمَهْرُ فَفِيهِ مَا مَرَّ^(٢) أَنْفَأَ كَمَا نَبَّهَ عَلَيْهِ فِي "الْبَحْرِ"^(٣).

[١١٥٥٧] (قَوْلُهُ: فِي سَبْعٍ وَثَلَاثِينَ مَسْأَلَةً^(٤)) مَذْكُورَةً فِي "الْأَشْبَاهَ"^(٥) (أَي: فِي قَاعِدَةٍ لَا يُنْسَبُ إِلَى سَاكِتٍ قَوْلٍ، وَذَكَرَ "الْحَشْيَ"^(٦) عِبَارَتَهُ بِتَمَامِهَا، وَزَادَ عَلَيْهَا "ط"^(٧)) عَنْ "الْحَمَوِيِّ" مَسَائِلَ أُخَرَ سَيَذْكُرُهَا^(٨) "الشَّارَحُ" فِي الْفَوَائِدِ الَّتِي ذَكَرَهَا بَيْنَ كِتَابِ الْوَقْفِ وَكِتَابِ الْبُيُوعِ، وَسَيَأْتِي^(٩) الْكَلَامُ عَلَيْهَا كُلِّهَا هُنَاكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

[١١٥٥٨] (قَوْلُهُ: كَأَحْنِيٍّ) الْمُرَادُ بِهِ مَنْ لَيْسَ لَهُ وَلَايَةٌ، فَشَجَّلَ الْأَبَ إِذَا كَانَ كَافِرًا أَوْ عَبْدًا أَوْ مَكْتَبًا، لَكِنْ رَسُولُ الْوَلِيِّ قَائِمٌ مَقَامَهُ، فَيَكُونُ سَكُوتُهَا رِضًا عِنْدَ اسْتِثْنَائِهِ كَمَا فِي "الْفَتْحِ"^(١٠)، وَالْوَكِيلُ كَذَلِكَ كَمَا فِي "الْبَحْرِ"^(١١) عَنْ "الْفَنِيَّةِ"^(١٢).

[١١٥٥٩] (قَوْلُهُ: أَوْ وَلِيٍّ بَعِيدٍ) كَالْأَخِ مَعَ الْأَبِ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْأَبُ غَائِبًا غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً

(١) "دُر" ص ٢٠٥.

(٢) الْمُقُولَةُ [١١٥٥٢] قَوْلُهُ: ((وَقِيلَ: يَشْتَرُطُ)).

(٣) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١٢١/٣ بِتَصْرِفٍ.

(٤) ((مَسْأَلَةٌ)) لَيْسَتْ فِي "الْأَصْلِ" وَ"٣" وَ"ب".

(٥) "الْأَشْبَاهُ وَالنِّظَائِرُ": الْقَاعِدَةُ الثَّانِيَةُ عَشْرَةَ ص ١٧٨ - وَمَا بَعْدَهَا.

(٦) أَي: "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْوَلِيِّ ق ١٥٨/ب وَمَا بَعْدَهَا.

(٧) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْوَلِيِّ ٣٠/٢.

(٨) انْظُرِ "الدَّر" عِنْدَ الْمُقُولَةِ [٢٢٠١٢] قَوْلُهُ: ((عَدَّ مِنْهَا سَبْعَةً وَثَلَاثِينَ)).

(٩) الْمُقُولَةُ [٢٢٠١٢] قَوْلُهُ: ((عَدَّ مِنْهَا سَبْعَةً وَثَلَاثِينَ)).

(١٠) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١٦٨/٣ بِتَصْرِفٍ.

(١١) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١٢٤/٣.

(١٢) "الْفَنِيَّةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ فِي نِكَاحِ الْأَيْكَارِ ق ٣٣/ب.

(فلا) عبرة لسكوتها (بل لا بدَّ من القول كالثيب) البالغة لا فَرَقَ بينهما إلا في السُّكُوت؛ لأنَّ رضاهما يكون بالدلالة كما ذكره بقوله: (أو ما هو في معناه) مِن فعلٍ يدلُّ على الرِّضا (كطَلَبِ مهرها) ونفقتها (وتمكنها من الوطء).....

كما في "الحانية"^(١).

[١١٥٩٠] (قوله: فلا عبرة لسكوتها) وعن "الكرخي": يكفي سكوتها، "فتح"^(٢).

[١١٥٩١] (قوله: كالثيب البالغة) أمَّا الصَّغيرة فلا استئذان في حقها كالبكر الصَّغيرة،

"فتح"^(٣).

[١١٥٩٢] (قوله: إلا في السُّكُوت) حيث يكون سكوت البكر البالغة إذنا في حق الولي الأقرب، ولا يكون إذنا في الثيب البالغة مطلقاً، والاستثناء منقطع؛ لأنَّ قول "المصنّف": ((كالثيب)) تشبيه بالبكر التي استأذنها غير الأقرب، وهذه لا فَرَقَ بينها وبين الثيب البالغة في السُّكُوت.

[١١٥٩٣] (قوله: لأنَّ رضاهما يكون بالدلالة إلخ) أشار إلى ما أورده "الزيلعي"^(٤) على "الكنز" وغيره: ((من أنَّ رضاهما لا يقتصر على القول))، فإنه لا فَرَقَ بينهما في اشتراط الاستئذان والرضا، وفي أنَّ رضاهما قد يكون صريحاً وقد يكون دلالةً، غير أنَّ سكوت البكر رضا دلالةً لحياها دون الثيب؛ لأنَّ حياها قد قلَّ بالممارسة، فتخلص "المصنّف"

(قوله: لأنَّ قول "المصنّف": ((كالثيب)) تشبيه بالبكر إلخ) لعلَّ الباء بمعنى اللام، ويظهر أنَّ الاستثناء مُتَّصِلٌ، إذ هو استثناءٌ ممَّا قبله أعني قوله: ((لا فَرَقَ بينهما)) أي: لا فَرَقَ بينهما في شيءٍ إلا في السُّكُوت.

(١) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في الأولياء ٣٥٦/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٥/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٨/٣.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء ١١٩/٢.

عن ذلك بزيادة قوله: ((أو ما هو في معناه إلخ))، لكن أجاب في "الفتح"^(١): ((بأن الحق أن الكل من قبيل القول إلا التمكن، فثبت دلالة؛ لأنه فوق القول))، أي: لأنه إذا ثبت الرضا بالقول يثبت (٣/٩٩ق/ب) بالتمكن من الوطء بالأولى؛ لأنه أدل على الرضا، واعترضه في "البحر"^(٢): ((بأن قبول التهنئة ليس بقول بل سكوت))، زاد في "النهر"^(٣): ((ولهذا عدوه في مسائل السكوت)).

قلت: وفيه نظر؛ لأن مقتضى كلام "الفتح" أن المراد بقبول التهنئة ما يكون قولاً باللسان لا مجرد السكوت؛ لأن مراده إدخال الجميع تحت القول، ولذا لم يستثن إلا التمكن، ولا ينافيه قوله: ((من قبيل القول))؛ لأن مراده أنه من قبيل القول الصريح بالرضا مثل قولها: رضيت ونحوه، بدليل أنه قال قبله: ((إنه يكون إما بالقول ك: نعم، ورضيت، وبارك الله لنا، وأحسن، أو بالدلالة كطلب المهر أو النفقة إلخ))، ثم قال: ((والحق أن الكل من قبيل القول))، أي: من قبيل القول الذي ذكره، وأمّا قوله في "النهر": ((ولهذا إلخ)) ففيه أن المذكور في مسائل السكوت قولهم: إذا سكّت الأب ولم ينف الولد مدة التهنئة لزمه، ومعناه: سكّت عن نفى الولد لا عن جواب التهنئة، وأمّا الجواب عن اعتراض "البحر"^(٤): ((بأن قول "الفتح": إنه من قبيل القول أي: لا من القول حقيقة، بل هو منزل منزلة، فلا يرد السكوت عند التهنئة)) ففيه أنه لو كان مراده ذلك لم يحتج إلى استثناء التمكن، ولم يكن فيه دفع لما أورده "الزيلعي"؛ لأن "الزيلعي"^(٥) يقول: ((إن الدلالة بمنزلة القول في الإلزام))، فافهم.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٨/٣ بتصرف.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٤/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٠/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٤/٣.

(٥) "تبين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٩/٢.

ودخوله بها برضاها، "ظهيرية" (وقبول التهنئة) والضَّحْكُ سروراً.....

نعم الذي يَظْهَرُ ما قاله "الزَّيْلَعِي"؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّ طَلَبَ المهرِ ونحوَهُ لا يَلْزَمُ أن يكون بالقول، ولذا عبَّرَ "الشَّارَح" بقوله: ((من فَعَلَ يَدُلُّ على الرِّضَا))، ومقتضاه أن قبض المهر ونحوَهُ رِضَاءٌ كما مرَّ^(١) من جعلِهِ رِضَاءً دلالةً في حقِّ الوليِّ، وبه صرَّحَ في "الخاتمة"^(٢) بقوله: ((الوليُّ إذا زَوَّجَ الثَّيْبَ، فَرَضِيَّتْ بِقَلْبِهَا ولم تُظْهِرِ الرِّضَا بلسانها كان لها أن تُردَّ؛ لأنَّ المعتبرَ فيها الرِّضَا باللسانِ أو الفعلِ الذي يدلُّ على الرِّضَا نحو التَّمَكِينِ من الوطءِ وطلبِ المهرِ وقبولِ المهرِ دون قبول الهدية، وكذا في حقِّ الغلام)) اهـ.

[١١٥٤] (قوله): ودخوله بها إلخ هذا مُكرَّرٌ، والظَّاهِرُ أنَّه تحريفٌ، والأصل: وخلوته بها، فإنَّ الذي في "البحر"^(٣) عن "الظَّهيرية"^(٤): ((ولو خلا بها برضاها هل يكون إجازة؟ لا رواية لهذه المسألة، وعندى أنَّ هذا إجازة)) اهـ، وفي "البرزازية"^(٥): ((الظَّاهِرُ أنَّه إجازة)). [١١٥٥] (قوله: والضَّحْكُ سروراً) احترازٌ عن الضَّحْكِ استهزاءً، قال في "البحر"^(٦): ((وأما الضَّحْكُ فذكر في "فتح القدير"^(٧) أولاً: أنَّه كالسُّكُوتِ لا يكفي، وسَلَّمَ [١/٥٠ ق/٣] هنا أنَّه يكفي، وجعلهُ من قبيل القول؛ لأنَّه حروف)) اهـ.

قلت: وما هنا هو الموافق لما صرَّحَ به "الزَّيْلَعِي"^(٨) وغيره.

(١) "در" ص ١٩٥.

(٢) "الخاتمة": كتاب النكاح - فصل في شرائط النكاح ٣٤٢/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٤/٣.

(٤) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الرابع في نكاح الأبقار والثيب ق ٧٦/ب.

(٥) "البرزازية": كتاب النكاح - الفصل التاسع في نكاح البكر ١٢٧/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٤/٣.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٦٤/٣، ١٦٨.

(٨) "تبين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٨/٢.

ونحو ذلك، بخلاف خدمته أو قبول هديته.

(مَنْ زَالَتْ بَكَارُهَا بَوْتِيَّةٌ) أَي: نَطَئَ (أَوْ) دُرُورٍ (حِيضٍ أَوْ) حَصُولٍ (جَرَاةٍ أَوْ تَعْنِيسٍ) أَي: كَبَّرَ (بِكُرٍّ حَقِيقَةً).....

[١١٥٦٦] (قوله: ونحو ذلك) كقبول المهر كما مر^(١) عن "الخائنة"، والظاهر أن مثله قبول النفقة.

[١١٥٦٧] (قوله: بخلاف خدمته) أَي: إِنَّ كَانَتْ تَخْدِمُهُ مِنْ قَبْلُ، فَفِي "البحر"^(٢) عن "المحيط" و"الظهيرية"^(٣): ((وَلَوْ أَكَلْتُ مِنْ طَعَامِهِ أَوْ خَدَمْتُهُ كَمَا كَانَتْ فَلَيْسَ بِرِضَا دَلَالَةٍ)).

[١١٥٦٨] (قوله: أَي: نَطَئَ) هِيَ مِنْ فَوْقَ إِلَى أَسْفَلَ، وَالطَّفَرَةُ عَكْسُهَا.

[١١٥٦٩] (قوله: أَي: كَبَّرَ) أَي: بَلََا تَرْوِيجَ، فِي "النهر"^(٤) عَنْ "الصَّحَّاح"^(٥): ((يُقَالُ: عَنَسَتِ الْجَارِيَةُ تَعْنُسُ بَضْمَ النَّوْنِ عُنُوسًا وَعِنَاسًا فَهِيَ عَانِسٌ إِذَا طَالَ مَكْثُهَا بَعْدَ إِدْرَاكِهَا فِي مَنْزِلِ أَهْلِهَا حَتَّى خَرَجَتْ عَنْ عِدَادِ الْأَبْكَارِ)).

[١١٥٧٠] (قوله: بِكُرٍّ حَقِيقَةً) خَيْرُ ((مَنْ))، وَفِي "الظهيرية"^(٦): ((الْبِكْرُ: اسْمٌ لَامْرَأَةٍ

(قوله: عَنْ "الصَّحَّاحِ": ((يُقَالُ: عَنَسَتِ الْجَارِيَةُ تَعْنُسُ إِنْجَ)) وَفِي "القاموس": عَنَسَتِ الْجَارِيَةُ كَسَمِعَ وَنَصَرَ وَضَرَبَ عُنُوسًا وَعِنَاسًا: طَالَ مَكْثُهَا فِي أَهْلِهَا بَعْدَ إِدْرَاكِهَا حَتَّى خَرَجَتْ مِنْ عِدَادِ الْأَبْكَارِ وَلَمْ تَتَزَوَّجْ قَطُّ، كَأَعْنَسَتْ وَعَنَسَتْ. وَعَنَسَهَا أَهْلُهَا تَعْنِيسًا، وَهِيَ عَانِسٌ)) اهـ.

(١) المقولة [١١٥٦٣] قوله: ((لأن رضاهما يكون بالدلالة إِنْجَ)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٤/٣.

(٣) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الرابع في نكاح الأبكار والتيب ق ٧٦/ب.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٠/ب.

(٥) "الصَّحَّاح": مادة ((عنس)) بتصرف.

(٦) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الرابع في نكاح الأبكار والتيب ق ٧٦/ب.

كتفريقٍ بحَبٍّ أو عَنَّةٍ أو طلاقٍ أو موتٍ بعدَ خلوةٍ قبل وطءٍ (أو زنا).....

لم تُجمَع بنكاحٍ ولا غيره)) اهـ؛ لأنَّ مُصَيِّبَهَا أَوَّلُ مُصَيِّبٍ لَهَا، ومنه الباكورة لأوَّلِ الثَّمارِ، والبُكرَةُ بضمِّ الباءِ لأوَّلِ النَّهارِ.

وحاصلُ كلامهم: أنَّ الزَّائِلَ في هذه المسائلِ العُدْرَةُ - أي: الجِلْدَةُ التي على المحلِّ - لا البِكارَةُ، فكانتِ بَكْرًا حَقِيقَةً وَحَكَمًا، ولذا تدخلُ في الوَصِيَّةِ لأبكارِ بني فلان، ولا يَرُدُّ الجارية لو شَرِيتْ على أَنَّها بَكْرٌ فَوُجِدَتْ زائِلَةُ العُدْرَةِ بشيءٍ من ذلك له رُدُّها؛ لأنَّ المُتعارَفَ من اشتراطِ البِكارَةِ صِفَةُ العُدْرَةِ، أفاده في "البحر"^(١).

[١١٥٧١] (قوله: كتفريقٍ بحَبٍّ) أي: كذاتِ تفريقٍ إلخ، "ط"^(٢). وهو تنظيرٌ في كونها بَكْرًا حَقِيقَةً وَحَكَمًا لا تمثيلٌ، فلا يَرُدُّ أنَّ هذه ما زالتْ عُذْرَتُها، فكيف يُشَبَّهُها بمن زالتْ عُذْرَتُها؟! "ح"^(٣).

[١١٥٧٢] (قوله: أو طلاقٍ) عطفٌ على ((تفريقٍ)) لا على ((حَبٍّ))، "ح"^(٤). [١١٥٧٣] (قوله: بعدَ خلوةٍ) يصلحُ ظرفًا للتفريقِ والطلاقِ والموتِ، لكنَّ لَمَّا كان قوله: ((قيلَ الوطءُ)) ظرفًا للأخيرين فقط لعدم إمكان الوطءِ في الأوَّلِ، أمَّا في الجَبِّ فظاهراً، وأمَّا في العَنَّةِ فالأنَّ الوطءَ يَمْنَعُ التفريقَ كان الأنسبُ تعلقُهُ بالأخيرين فقط، وفُهِمَ من قوله: ((بعدَ خلوةٍ)) أَنَّهُ لو وَقَعَ الطَّلَاقُ أو الموتُ قبلَ الخلوةِ كانتِ بَكْرًا حَقِيقَةً وَحَكَمًا بالأوَّلِ، وقِيَدَ بقوله: ((قيلَ ووطءٍ)) لأنَّها بعدَ الوطءِ ثَبَّتْ حَقِيقَةً وَحَكَمًا. اهـ "ح"^(٥).

(قوله: فلا يَرُدُّ أنَّ هذه ما زالتْ عُذْرَتُها إلخ) الممتنعُ جعلُ الكافِ للتمثيلِ لا للتنظيرِ ولا للتشبيهِ كما هو ظاهرٌ، وفي عبارة "الحلي" قلبٌ، وحقُّها: فكيف يُشَبَّهُ من زالتْ عُذْرَتُها بمن لم تَزَلْ عُذْرَتُها على ما فيها.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٥/٣.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٢/٢.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٨/ب.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٨/ب.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٨/ب.

وهذه فقط (بكرٌ حكماً) إن لم يتكرر ولم تحدّ به، وإلا فثيبٌ كمطوعةٍ بشبهةٍ أو نكاحٍ فاسدٍ.

(قال) الزَّوْجُ للبكرِ البالغة: (بَلَعَكَ النِّكَاحُ فَسَكَتَ^(١))،

[١١٥٧٤] (قوله): وهذه فقط بكرٌ حكماً) أراد بالحكمي ما ليس بحقيقي بدلالة المقابلة كما هو المتبادر، ولذا حاول "الشارح" في عبارة "المصنف"، فقدّر خبراً لـ ((مَنْ)) ومبتدأ لـ ((بكرٌ))، وإلا فعبارة "المصنف" في نفسها صحيحة؛ لأنّ الحقيقي حكمي أيضاً، والحكمي أعم؛ لأنّه قد يكون غير حقيقي، ولكنّ لمّا كان [٣/٥٠ ق.ب] المتبادر من إطلاق الحكمي إرادة ما ليس بحقيقي أوّل عبارة "المصنف"، ولم يقل: بكرٌ حكماً فقط لما قلنا، فافهم.

[١١٥٧٥] (قوله): إن لم يتكرر ولم تحدّ به) هذا معنى قولهم: إن لم يُشتهر زناها يُكتفى بسكوتهما؛ لأنّ الناس عرّفوها بكرّاً، فيعيّونها بالنطق، فيكتفى بسكوتهما كيلا تتعطل عليها مصالحهما، وقد ندب الشارح إلى ستر الزنا، فكانت بكرّاً شرعاً بخلاف ما إذا اشتهر زناها. [١١٥٧٦] (قوله): وإلا صادق بثلاث صور: ما إذا تكرّر منها الزنا ولم تحدّ، أو حدث ولم يتكرر، أو تكرّر وحدث، "ح"^(٢).

[١١٥٧٧] (قوله): كمطوعةٍ بشبهةٍ) أي: فإنها ثيبٌ حقيقةً وحكماً، "ح"^(٣).

[١١٥٧٨] (قوله): أو نكاحٍ فاسدٍ) عطف على ((بشبهةٍ))، أي: وكمطوعةٍ بنكاحٍ فاسدٍ، فافهم. أمّا إذا لم تُوطأ فيه فهي بكرٌ حقيقةً وحكماً كما في النكاح الصحيح، "ط"^(٤).

(قول "المصنف": بَلَعَكَ النِّكَاحُ فَسَكَتَ^(٥))، وقالت: رَدَدْتُ إلخ) قال في "البحر": ((فَبَدَلْنَا الصُّورَةَ بِأَنْ تَقُولَ: بَلَعِيَ النِّكَاحُ فَرَدَدْتُ؛ لِأَنَّهَا لَوْ قَالَتْ: بَلَعِيَ يَوْمَ كَذَا فَرَدَدْتُ، وَقَالَ الزَّوْجُ: بَلْ سَكَتَ فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ)).

(١) في "ب": ((فسكت)).

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٨/ب بتصرف.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٨/ب بتصرف.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٢/٢ بتصرف.

(٥) لفظة ((فسكت)) موافقة لنسخة "ب".

وقالت: بل رَدَدْتُ^(١) النِّكَاحَ (ولا بَيِّنَةُ لهما) على ذلك (ولم يكنْ دَخَلَ بها طَوْعاً) في الأصحَّ

[١١٥٧٩] (قوله: وقالت: رَدَدْتُ) أي: ولم يُوجَدْ منها ما يدلُّ على الرِّضَاءِ كما في "الشَّرْهَ النَّبَلِيَّةُ"^(٢)، "ط"^(٣).

[١١٥٨٠] (قوله: ولا بَيِّنَةُ لهما) قَيَّدَ به لأنَّ أَيهما أَقامَ البَيِّنَةَ قَبِلَتْ بَيِّنَتُهُ، "بحر"^(٤). وإنْ أقامها فَيأتي في قوله: ((ولو بَرَّهنا)).

[١١٥٨١] (قوله: ولم يكنْ دَخَلَ بها طَوْعاً) بأنْ لم يَدْخُلْ أو دَخَلَ كَرْهاً، واحْتَرَزَ به عَمَّا إذا دَخَلَ بها طَوْعاً، حيث لا تُصَدِّقُ في دعوى الرَّدِّ في الأصحَّ؛ لأنَّ التَّمَكِينَ من الطَّوْعِ كالإِقْرَارِ، وعن هذا صَحَّحَ في "الوَلُولُجِيَّةِ"^(٥): ((أَنَّهُ لو أَقامَتْ بعد الدُّخُولِ البَيِّنَةُ على الرَّدِّ لم تُقْبَلْ))، لكنْ في "حاشية الغَزِّيِّ على الأشباه": ((أَنَّهُ وَقَعَ اخْتِلَافُ التَّصْحِيحِ في قَبُولِ بَيِّنَتِها بعد الدُّخُولِ على أَنَّها كانت رَدَّتْ النِّكَاحَ قَبْلَ الإِحَازَةِ، ففي "الْبَرَّازِيَّةِ"^(٦): أَنَّ المذكورَ في الكُتُبِ أَنَّها تُقْبَلُ، وصَحَّحَ في "الوَاقِعَاتِ" عَدَمَهُ لَتَنَاقُضِها في الدَّعْوَى، والصَّحِيحُ القَبُولُ؛ لأنَّهُ وإنْ بَطَلَتْ الدَّعْوَى فَالبَيِّنَةُ لا تَبْطُلُ لِقِيَامِها على تَحْرِيمِ الفَرْجِ، والبرهانُ عليه مَقْبُولٌ بلا دعوى))، قال "الغَزِّيُّ": ((وقد أَلْفَ شَيْخُنَا العَلَمَاءُ "عَلِيَّ المَقْدِسِيَّ" فِيها رِسالَةً^(٧) اعْتَمَدَ فِيها تَصْحِيحَ القَبُولِ)).

(قولُ "الشَّارِحِ" في الأصحَّ) مُقابِلُهُ ما قاله "الْفَضْلِيُّ"^(٨) من أَنَّ القَوْلَ لها وإنْ دَخَلَ بها طَوْعاً، كما ذَكَرَهُ "السَّنْدِيُّ".

(١) عبارة "ب" و"ط": ((وقالت: رددت)).

(٢) "الشَّرْهَ النَّبَلِيَّةُ": كتاب النِّكَاح - باب الولي والكفء ٣٣٦/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٣) "ط": كتاب النِّكَاح - باب الولي ٣٢/٢.

(٤) "البحر": كتاب النِّكَاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٥/٣.

(٥) "الوَلُولُجِيَّةُ": كتاب النِّكَاح - الفصل الأول في إذن الولي وإِحَازَتِهِ النِّكَاحَ ٤٦/أ يتصرف.

(٦) "الْبَرَّازِيَّةُ": كتاب الدَّعْوَى - الفصل الثاني عشر في دعوى النِّكَاح ٣٧٠/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) لم نَهْتَدِ إلى معرفتها.

(فالقول قولها) بيمينها.....

[١١٥٨٢] (قوله: فالقول قولها) لأنه يدعي لزوم العقد وملك البضع، والمرأة تدفعه، فكانت منكراً، ولا يقبل قول وليها عليها بالرضا؛ لأنه يقر عليها بثبوت الملك، وإقراره عليها بالنكاح بعد^(١) بلوغها غير صحيح، كذا في "الفتح"^(٢). وينبغي أن لا تقبل شهادته لو شهدته مع آخر بالرضا لكونه ساعياً في إتمام ما صدر منه، فهو منهم، ولم أره منقولاً، "بحر"^(٣).

قلت: وفي "الكافي" لـ "الحاكم الشهيد": ((وإذا زوج الرجل ابنته فأنكرت [١/٥١ق/٣] الرضا، فشهد عليها أبوها وأخوها لم يجز)) اهـ، فتأمل.

ثم أعلم أنه ذكر في "البحر"^(٤) في باب المهر عند الكلام على النكاح الفاسد ما نصه: ((وإذا ادعت فساداً وهو صحيح فalcول له، وعلى عكسه فرق بينهما، وعليها العدة، ولها نصف المهر إن لم يدخل، والكل إن دخل، كذا في "الخاتبة"^(٥)، وينبغي أن نستثني منه ما ذكره "الحاكم الشهيد" في "الكافي": من أنه لو ادعى أحدهما أن النكاح كان في صغره فalcول قوله، ولا نكاح بينهما، ولا مهر لها إن لم يكن دخل بها قبل الإدراك)) اهـ ما في "البحر"^(٦).

قلت: وقد علل الأخيرة في "البرازية"^(٧) عن "الحيط"^(٨) بقوله: ((لاختلافهما في وجود

(قوله: فتأمل) لعل أشار به إلى ما في "حاشية البحر" من أن في هذا مانعاً آخر وهو أن شهادة الأخ عليها شهادة لأبيه اهـ. قلت: إذا كان الأب معها تقبل شهادة الأخ لأنها شهادة الفرع على أصله، "سيندي".

(١) في "الأصل": ((قبل))، وهو خطأ.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧١/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٦/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ١٨٢/٣.

(٥) "الخاتبة": كتاب النكاح - فصل في شرائط النكاح ٣٦٩/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٢/٣.

(٧) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الرابع عشر في دعواه والاختلاف بين الزوجين ١٤٧/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) "العقل" بدل ((العقد))، وهو تحريف.

(٨) "الحيط البرهاني": كتاب النكاح - الفصل العشرون في الخصومات الواقعة بين الزوجين ١/٢٢٢.

على المفتي به، وتُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ عَلَى سَكُوتِهَا؛ لِأَنَّهُ وَجُودِيٌّ بَضْمُ الشَّقَتَيْنِ، وَلَوْ بَرَهْنَا..

العَقْدُ))، وَعَلَّهَا فِي "الذَّخِيرَةِ" بِقَوْلِهِ: ((لَأَنَّ النِّكَاحَ^(١)) فِي حَالَةِ الصَّغَرِ قَبْلَ إِجَازَةِ الْوَلِيِّ لَيْسَ بِنِكَاحٍ مَعْنَى إِيْخٍ))، وَذَكَرَ قَبْلَهُ: ((أَنَّ الْاِخْتِلَافَ لَوْ فِي الصَّحَّةِ وَالْفَسَادِ فَالْقَوْلُ لِمُدَّعِي الصَّحَّةِ بِشَهَادَةِ الظَّاهِرِ، وَلَوْ فِي أَصْلِ وَجُودِ الْعَقْدِ فَالْقَوْلُ لِمَنْكَرِ الْوُجُودِ)).

قلت: وعلى هذا فلا استثناء؛ لِأَنَّ مَا فِي "الْخَانِيَةِ"^(٢) مِنَ الْأَوَّلِ وَمَا فِي "الْكَافِي" مِنَ الثَّانِي، وَلَعَلَّ وَجْهَ قَوْلِهِ فِي "الْخَانِيَةِ": ((وَعَلَى عَكْسِهِ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا إِيْخٍ)) كَوْنُهُ مُؤَاخَذًا بِإِقْرَارِهِ فَيُسْرِي عَلَيْهِ، وَلِذَا كَانَ لَهَا الْمَهْرُ.

ثُمَّ إِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَا نَحْنُ فِيهِ مِنْ قِبِيلِ الْاِخْتِلَافِ فِي أَصْلِ وَجُودِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ صَيَّرَ الْإِجْبَابَ بِلَا قَبُولٍ، وَكَذَا الْمَسْأَلَةُ الْآتِيَةُ^(٣)، هَذَا مَا ظَهَرَ لِي.

[١١٥٨٣] (قَوْلُهُ: عَلَى الْمَفْتَى بِهِ)^(٤) وَهُوَ قَوْلُهُمَا، وَعِنْدَهُ لَا يَمِينُ عَلَيْهَا كَمَا سَيَأْتِي فِي الدَّعْوَى فِي الْأَشْيَاءِ السَّتَّةِ، "بِحَرْ" ^(٥).

[١١٥٨٤] (قَوْلُهُ: لِأَنَّهُ وَجُودِيٌّ إِيْخٍ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ: إِنَّ بَيِّنَتَهُ عَلَى سَكُوتِهَا بَيِّنَةٌ عَلَى النَّفْيِ، وَهِيَ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ، فَأُجَابَ: بِأَنَّ السُّكُوتَ وَجُودِيٌّ؛ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ ضَمِّ الشَّقَتَيْنِ،

(قَوْلُهُ: لِأَنَّ الرَّدَّ صَيَّرَ الْإِجْبَابَ بِلَا قَبُولٍ إِيْخٍ) فِيهِ أَنَّ الرَّدَّ صَيَّرَ كُلًّا مِنَ الْإِجْبَابِ وَالْقَبُولِ لَعْنًا غَيْرَ مُعْتَدٍّ بِهِ؛ فَقَدْ أَبْطَلَهُمَا مَعًا، وَالْأَظْهَرُ فِي تَوْجِيهِ الْمَسْأَلَةِ مَا قَدَّمَهُ عَنِ "الْبَرَّازِيَّةِ" وَ"الذَّخِيرَةِ" فِي التَّعْلِيلِ.

(١) فِي "الْأَصْل": ((النِّكَاحُ الْفَاسِدُ))، وَهُوَ خَطَأً.

(٢) "الْخَانِيَةِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلٌ فِي شُرَاطِئِ النِّكَاحِ ٣٦٩/١ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْمَهْنَدِيَّة").

(٣) "دَرْ" ص ٢٢٣.

(٤) هَذِهِ الْمَقُولَةُ سَاقِطَةٌ مِنْ "أ".

(٥) "الْبَحْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١٢٥/٣.

وَيَلْزَمُ مِنْهُ عَدَمُ الْكَلَامِ كَمَا فِي "الْمَعْرَاجِ"، زَادَ فِي "الْبَحْرِ"^(١): ((أَوْ هُوَ نَفْيٌ يُحِيطُ بِهِ عِلْمُ الشَّاهِدِ فَيُقْبَلُ، كَمَا لَوْ ادَّعَتْ أَنَّ زَوْجَهَا تَكَلَّمَ بِمَا هُوَ رِدَّةٌ فِي مَجْلَسٍ، فَبَرَهَنَ عَلَى عَدَمِ التَّكَلُّمِ فِيهِ تَقْبُلُ، وَكَذَا إِذَا قَالَ الشَّهُودُ: كُنَّا عَنْدهَا وَلَمْ نَسْمَعْهَا تَتَكَلَّمُ ثَبَتَ سَكُوتُهَا كَمَا فِي "الْجَوَامِعِ"^(٢))). اهـ.

وَلَا يَخْفَى أَنَّ الْجَوَابَ الْأَوَّلَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمَنْعِ وَالثَّانِي عَلَى التَّسْلِيمِ، وَبَحْثُ فِي الْأَوَّلِ فِي "السَّعْدِيَّةِ"^(٣) بِمَا فِي "شرح العقائد"^(٤): ((مَنْ أَنَّ السُّكُوتَ تَرَكُّ الْكَلَامِ))، وَأَقَرَّهُ عَلَيْهِ فِي "النَّهْرِ"^(٥).

قُلْتُ: وَيُمْكِنُ الْجَوَابُ بِأَنَّ هَذَا تَفْسِيرٌ بِاللَّازِمِ، وَبَحْثُ فِي الثَّانِي أَيْضًا: ((بِأَنَّهُ مُخَالَفٌ لِمَا فِي أَيْمَانَ "الْهِدَايَةِ"^(٦) مِنْ بَابِ الْيَمِينِ فِي الْحَجِّ وَالصَّلَاةِ: مِنْ [٣/٥١٠ق/ب] أَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى النَّفْسِ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ مُطْلَقًا، أَحَاطَ بِهِ عِلْمُ الشَّاهِدِ أَوْ لَا)) اهـ.

وَكَذَا قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٧) هُنَاكَ: ((الْحَاصِلُ: أَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى النَّفْسِ الْمَقْصُودُ لَا تُقْبَلُ سِوَا مَا كَانَ نَفْيًا صَوْرَةً أَوْ مَعْنَى، وَسِوَا مَا أَحَاطَ بِهِ عِلْمُ الشَّاهِدِ أَوْ لَا)) اهـ.

قُلْتُ: وَهَذَا فِي غَيْرِ الشُّرُوطِ، فَلَوْ قَالَ: إِنَّ لَمْ أَدْخُلِ الدَّارَ الْيَوْمَ فَكَذَا، فَشَهِدَا أَنَّهُ دَخَلَهَا تَقْبَلُ.

(قَوْلُهُ: وَيُمْكِنُ الْجَوَابُ بِأَنَّ هَذَا تَفْسِيرٌ بِاللَّازِمِ [خ] أَوْ هُوَ تَفْسِيرُ الْمُتَكَلِّمِينَ، وَتَفْسِيرُ الْفُقَهَاءِ: ضَمُّ الشَّفَعَتَيْنِ، وَقَدْ يُجَابُ عَنِ الثَّانِي بِأَنَّ النَّفْيَ هُنَا غَيْرُ مَقْصُودٍ بَلِ الْمَقْصُودُ الشَّهَادَةُ بِلزوم النكاح.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٥/٣.

(٢) عبارة "البحر": ((كما في "الجامع"))، هو - والله أعلم - "جامع" أو "جوامع الفقه" المعروف بـ "الفتاوى العتبية"، وقد تقدّمت ترجمته في ٤٧٠/١.

(٣) "الحواشي السعدية": كتاب الأيمان - باب اليمين في الحج والصلاة والصوم ٤٥٣/٤ (هامش "فتح القدير").

(٤) "شرح العقائد النسفية": صفة الكلام ص ١٠٩ -.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٠/١.

(٦) "الهداية": كتاب الأيمان ٩١/٢ بتصرف.

(٧) "البحر": كتاب الأيمان - باب اليمين في البيع والشراء والتزويج والصلاة ٣٨٧/٤.

فَيَبْتِئُهَا أَوَّلَى، إِلَّا أَنْ يُبْرِهِنَ عَلَى رِضَاهَا أَوْ إِجَازَتِهَا (كَمَا لَوْ زَوَّجَهَا أَبُوهَا) مَثَلًا زَاعِمًا عَدَمَ بُلُوغِهَا (فَقَالَتْ: أَنَا بَالِغَةٌ وَالنِّكَاحُ لَمْ يَصَحَّ وَهِيَ مُرَاهِقَةٌ، وَقَالَ الْأَبُ أَوْ الزَّوْجُ (بَلْ هِيَ صَغِيرَةٌ) فَإِنَّ الْقَوْلَ لَهَا.....

[١١٥٨٥] (قَوْلُهُ: فَيَبْتِئُهَا أَوَّلَى) لِإِبْثَابِ الزِّيَادَةِ، أَعْنِي: الرَّدَّ، فَإِنَّهُ زَائِدٌ عَلَى السُّكُوتِ، "البحر" (١).

[١١٥٨٦] (قَوْلُهُ: إِلَّا أَنْ يُبْرِهِنَ عَلَى رِضَاهَا أَوْ إِجَازَتِهَا) أَي: فَتَرَجَّحَ بَيِّنَتُهُ لَاسْتَوَاتِهِمَا فِي الْإِبْثَابِ، وَزِيَادَةُ بَيِّنَتِهِ بِإِبْثَابِ الزُّرْمِ، كَذَا فِي الشُّرُوحِ، وَعِزَاهُ فِي "النَّهْيَةِ" لـ "التَّمَرُّتَاشِيِّ"، وَكَذَا هُوَ فِي غَيْرِ كِتَابٍ مِنَ الْفَقْهِ، لَكِنْ فِي "الْخُلَاصَةِ" (٢) عَنْ "أَدَبِ الْقَاضِي" لـ "الْخَصَافِ" (٣): ((أَنَّ بَيِّنَتَهَا أَوَّلَى))، فِي هَذِهِ الصُّورَةِ اخْتِلَافُ الْمَشَايِخِ، وَلَعَلَّ وَجْهَهُ أَنَّ السُّكُوتَ لَمَّا كَانَ مِمَّا تَتَحَقَّقُ الْإِجَازَةُ بِهِ لَمْ يَلْزَمْ مِنَ الشَّهَادَةِ بِالْإِجَازَةِ كَوْنُهَا بِأَمْرِ زَائِدٍ عَلَى السُّكُوتِ مَا لَمْ يُصَرِّحُوا بِذَلِكَ، كَذَا فِي "الْفَتْحِ" (٤)، وَتَبَعَهُ فِي "الْبَحْرِ" (٥)، وَاسْتَفِيدَ مِنْهُ التَّوْفِيقُ بَيْنَ الْقَوْلَيْنِ بِحَمْلِ الْأَوَّلِ عَلَى مَا إِذَا صَرَّحَ الشَّاهِدُ بِأَنَّهَا قَالَتْ: أَجَزْتُ أَوْ رَضَيْتُ، وَحَمَلَ الثَّانِي عَلَى مَا إِذَا شَهِدُوا بِأَنَّهَا أَجَازَتْ أَوْ رَضَيْتُ؛ لِاحْتِمَالِ إِجَازَتِهَا بِالسُّكُوتِ، فَافْهَمُ.

[١١٥٨٧] (قَوْلُهُ: كَمَا لَوْ زَوَّجَهَا إِنْخ) أَي: أَنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي الْبُلُوغِ كَالْاِخْتِلَافِ فِي السُّكُوتِ كَمَا فِي "النَّهْرِ" (٦).

[١١٥٨٨] (قَوْلُهُ: مَثَلًا) فَلَمَّا رَأَى الْوَلِيَّ الْمُجْبِرَ.

[١١٥٨٩] (قَوْلُهُ: فَإِنَّ الْقَوْلَ لَهَا) لِأَنَّهَا إِذَا كَانَتْ مُرَاهِقَةً كَانَ الْمُخْبِرُ بِهِ يَحْتَمِلُ الثَّبُوتَ،

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٥/٣.

(٢) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الرابع عشر في دعوى النكاح ق ٨٤/ب.

(٣) انظر "شرح أدب القاضي": الباب الحادي والثمانون في نكاح الصغيرة ١٤٠/٤، يتصرف.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٢/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٥/٣.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧١/أ.

إِنْ ثَبِتَ أَنَّ سِنَّهَا تَسَعُ، وَكَذَا لَوْ ادَّعَى الْمَرَاهِقُ بُلُوغَهُ، وَلَوْ بَرَهْنَا فَبَيِّنَةُ الْبُلُوغِ أُولَى
(على الأصح).....

فَيُقْبَلُ خَبَرُهَا؛ لِأَنَّهَا مُنْكَرَةٌ وَقَوَعُ الْمَلِكِ عَلَيْهَا، "ح" ^(١) عَنْ "البحر" ^(٢).

[١١٥٩٠] (قوله: إِنْ ثَبِتَ أَنَّ سِنَّهَا تَسَعُ) تَفْسِيرٌ لِلْمَرَاهِقَةِ كَمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ كَلَامُ "المنح" ^(٣)،

"ح" ^(٤).

[١١٥٩١] (قوله: وَكَذَا لَوْ ادَّعَى الْمَرَاهِقُ بُلُوغَهُ) بِأَنْ بَاعَ أَبُوهُ مَالَهُ فَقَالَ الْإِبْنُ: أَنَا بَالِغٌ

وَلَمْ يَصَحَّ الْبَيْعُ، وَقَالَ الْمُشْتَرِي وَالْأَبُ: إِنَّهُ صَغِيرٌ فَالْقَوْلُ لِلْإِبْنِ؛ لِأَنَّهُ يُنْكَرُ زَوَالَ مِلْكِهِ، وَقَدْ
قِيلَ بِخِلَافِهِ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ، "بحر" ^(٥) عَنْ "الذَّخِيرَةِ".

[١١٥٩٢] (قوله: وَلَوْ بَرَهْنَا إلخ) ذِكْرُهُ فِي "الْبِرَازِيَّةِ" ^(٦) عَقَبَ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، وَكَانَ

"الشَّارَحُ" آخِرَهُ لِفَيْدِ أَنَّ الْحُكْمَ كَذَلِكَ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ، فَافْهَمْ. وَاسْتَشْكَلَ بَعْضُ الْحَشِيِّنِ تَصَوُّرَ
الْبِرْهَانِ عَلَى الْبُلُوغِ.

قلت: وَهُوَ مُمْكِنٌ بِالْجَبَلِ، أَوْ الْإِحْبَالِ، أَوْ سِنَّ الْبُلُوغِ، أَوْ رُؤْيَةِ الدَّمِ أَوْ الْمَنِيِّ كَمَا فِي

الشَّهَادَةِ عَلَى الزَّنَا.

[١١٥٩٣] (قوله: عَلَى الْأَصَحِّ) رَاجِعٌ لِمَسْأَلَةِ الْمَرَاهِقَةِ وَالْمَرَاهِقِ، فَقَدْ نَقَلَ التَّصْحِيحَ فِيهِمَا

فِي "البحر" ^(٧) عَنْ "الذَّخِيرَةِ".

(١) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٨/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٢٦/٣.

(٣) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الولي ١/ق ١١٩/ب.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٨/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٢٦/٣.

(٦) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الرابع عشر في دعواه والاختلاف بين الزوجين ٤/١٤٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٢٦/٣.

بخلاف قول الصَّغِيرَةِ: ((رَدَدْتُ حِينَ بَلَغْتُ)) وكَذِبُهَا الزَّوْجُ فالقولُ له؛ لِإِنْكَارِهِ زَوَالَ مِلْكِهِ، هذا^(١) لو اختلفا^(٢) بعدَ زَمَانِ الْبُلُوغِ، ولو حَالَةً^(٣) الْبُلُوغِ فالقولُ لها، "شرح وهبانية"^(٤)، فليحفظ.

((ولولي)) الآتي بيانه.....

[١١٥٩٤] (قوله): بخلاف قول الصَّغِيرَةِ) أي: التي زَوَّجَهَا غَيْرُ الْأَبِ وَالْجَدِّ، أَمَّا مَنْ [١/٥٢٣/٣] زَوَّجَهَا فَلَا خِيَارَ لَهَا، "ط"^(٥).

[١١٥٩٥] (قوله): رَدَدْتُ حِينَ بَلَغْتُ إلخ) أي: قالت بعدما بَلَغَتْ: رَدَدْتُ النِّكَاحَ واحْتَرْتُ نفسي حين أدرَكتُ لم يُقْبَلْ قولُها؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ ثَابِتٌ عَلَيْهَا، وَتُرِيدُ بِذَلِكَ إِبْطَالَ الثَّابِتِ عَلَيْهَا كَمَا فِي "الذَّخِيرَةِ"، فَافْهَم.

وبهذا عُلِمَ أَنَّ قولَها ذلكَ بعدَ الْبُلُوغِ، وَكَأَنَّهُ سَمَّاها صَغِيرَةً بِاعْتِبَارِ مَا كَانَ زَمَنَ الْعَقْدِ، أي: الْمُتَحَقِّقِ صِغَرُهَا وَقَتَهُ بِخِلَافِ الْمَرَاهِقَةِ الْمُحْتَمَلِ بُلُوغُهَا وَقَتَهُ.

[١١٥٩٦] (قوله): ولو حَالَةً الْبُلُوغِ) بَأَنَّ قَالَتِ عِنْدَ الْقَاضِي أَوْ الشُّهُودِ: أَدْرَكتُ الْآنَ وَفَسَحْتُ، فَإِنَّهُ يَصَحُّ كَمَا يَأْتِي^(٦) بِيَانُهُ.

[١١٥٩٧] (قوله): ولولي الآتي بيانه) أي: في قوله: ((الوليُّ فِي النِّكَاحِ الْعَصْبَةُ بِنَفْسِهِ إلخ))، واحْتَرَزَ بِهِ عَنِ الْوَلِيِّ الَّذِي لَهُ حَقُّ^(٧) الْإِعْتِرَاضِ، فَإِنَّهُ يَخْصُ الْعَصْبَةَ كَمَا مَرَّ^(٨)، وَعَنِ الْوَصِيِّ

(١) ((هذا)) ليست في "ب" و "و".

(٢) في "ب": ((اختلف)).

(٣) عبارة "و": ((ولو هذا حالة)).

(٤) لم نعر عليها في مغلانها من مخطوطة "تفصيل عقد الفرائد" التي بين أيدينا ولعلها في شرح آخر لـ "الوهبانية".

(٥) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٣/٢.

(٦) المقولة [١١٦٦٦] قوله: ((وتشهد إلخ)).

(٧) ((حق)) ليست في "الأصل".

(٨) المقولة [١١٥١١] قوله: ((وإن لم يكن لها ولي إلخ)).

(إنكاح الصَّغِيرِ والصَّغِيرَةِ) جَبْرًا (ولو ثَيِّبًا) كَمَعْتَوْهِ وَمَجْنُونٍ شَهْرًا.....

غيرِ القريب كما مرَّ^(١) ويأتي^(٢) أيضاً.

[١١٥٩٨] (قوله: إنكاح الصَّغِيرِ والصَّغِيرَةِ) قَيَّدَ بِالْإِنْكَاحِ لَأَنَّ إِقْرَارَهُ بِهِ عَلَيْهِمَا لَا يَصِحُّ إِلَّا بِشَهْوٍ أَوْ بِتَصَدِيقِهِمَا بَعْدَ الْبُلُوغِ كَمَا سِذَكَرُهُ^(٣) "المصنّف" آخر الباب، ولو قال: وللوليّ إنكاح غير المكلف والرقيق لشمِلَ المَعْتَوَةُ ونَحْوُهُ.

(تَمَمَّةٌ)

ليس لغير الأب والجدِّ أَنْ يُسَلِّمَ الصَّغِيرَةَ قَبْلَ قَبْضِ مَا تُعَوِّفُ قَبْضُهُ مِنَ الْمَهْرِ، وَلَوْ سَلَّمَهَا الْأَبُ لَهُ أَنْ يَمْنَعَهَا، أَفَادَهُ "ط"^(٤). وَتَمَامُهُ فِي "البحر"^(٥).

قلت: وليس له تسليمها للدُّخُولِ بِهَا قَبْلَ إِطَاقَةِ الْوُطْءِ، وَلَا عِبْرَةَ لِلْسِّنِّ^(٦) كَمَا سِذَكَرُهُ^(٧) "الشَّارَح" فِي آخِرِ بَابِ الْمَهْرِ.

[١١٥٩٩] (قوله: ولو ثَيِّبًا) صَرَّحَ بِهِ خِلَافَ "الشَّافِعِيِّ"، فَإِنَّ عِلَّةَ الْإِجْبَارِ عِنْدَهُ الْبِكَارَةُ، وَعِنْدَنَا الْعَجْزُ بَعْدَ الْعَقْلِ أَوْ نَقْصَانِهِ، وَتَوْضِيحُهُ فِي كِتَابِ الْأَصُولِ.

[١١٦٠٠] (قوله: كَمَعْتَوْهِ وَمَجْنُونٍ) أَي: وَلَوْ كَبِيرَيْنِ، وَالْمُرَادُ: كَشَخْصٍ مَعْتَوٍ إِنْجَ، فَيَشْمَلُ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى، قَالَ فِي "النَّهْرِ"^(٨): ((فَلِلْوَلِيِّ إِنْكَاحُهُمَا إِذَا كَانَ الْجُنُونُ مُطَبِّقًا، وَهُوَ شَهْرٌ عَلَى مَا عَلَيْهِ الْفَتَوَى، وَفِي "مَنْبِئَةِ الْمُفْتِيِّ": بَلَغَ مَجْنُونًا أَوْ مَعْتَوًا تَبَقَّى وَلَايَةُ الْأَبِ كَمَا كَانَتْ، فَلَوْ جُنَّ

(١) الْمُقُولَةُ [١١٤٧٤] قَوْلُهُ: ((وَوَصِي)).

(٢) "در" ص ٢٦٩-٢٧٠.

(٣) "در" ص ٢٨٢-٢٨٣.

(٤) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْوَلِيِّ ٣٣/٢ بِتَصْرِفٍ.

(٥) انْظُرْ "الْبَحْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١٢٨/٣.

(٦) ((لِلْسِّنِّ)) سَاقِطَةٌ مِنْ "ت".

(٧) "در" ص ٣٦٥- وما بَعْدَهَا.

(٨) "النَّهْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ق ١٧١/١.

(وَلَزِمَ النِّكَاحُ وَلَوْ بَغْنٍ فَاحِشٍ) بِنَقْصِ مَهْرِهَا وَزِيَادَةِ مَهْرِهِ (أَوْ) زَوْجَهَا (بِغَيْرِ كَفٍّ إِنْ كَانَ الْوَلِيُّ).....

أَوْ عَتَهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ تَعَوُّدٌ فِي الْأَصَحِّ، وَفِي "الْخَائِنَةِ"^(١): زَوَّجَ ابْنَهُ الْبَالِغَ بِمَا إِذْنِهِ فَحَسَنَ قَالُوا: يَنْبَغِي لِلْأَبِّ أَنْ يَقُولَ: أَجَزْتُ النِّكَاحَ عَلَى ابْنِي؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ إِتْشَاءَهُ بَعْدَ الْجَنُونِ)).

[١١٦٠١] (قَوْلُهُ: وَلَزِمَ النِّكَاحُ) أَي: بِمَا تَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَةِ أَحَدٍ، وَبِمَا ثُبُوتِ خِيَارٍ فِي تَرْوِيجِ الْأَبِّ وَالْجَدِّ وَالْمَوْلَى، وَكَذَا الْابْنُ عَلَى مَا يَأْتِي^(٢).

[١١٦٠٢] (قَوْلُهُ: وَلَوْ بَغْنٍ فَاحِشٍ) هُوَ مَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ، أَي: لَا يَتَحَمَّلُونَ الْغُبْنَ فِيهِ احْتِرَازًا عَنِ الْغُبَنِ الْبَاسِرِ، وَهُوَ مَا يَتَغَابَنُونَ فِيهِ، أَي: يَتَحَمَّلُونَهُ، قَالَ [٣/٥٢ق/ب] فِي "الْجَوْهَرَةِ"^(٣): ((وَالَّذِي يَتَغَابَنُ فِيهِ النَّاسُ مَا دُونَ نَصْفِ الْمَهْرِ، كَذَا قَالَهُ شَيْخُنَا "مَوْفُقُ الدِّينِ"، وَقِيلَ: مَا دُونَ الْعُشْرِ)) اهـ. فَعَلِيَ الْأَوَّلُ الْغُبْنَ الْفَاحِشُ هُوَ النِّصْفُ فَمَا فَوْقَهُ، وَعَلَى الثَّانِي الْعُشْرُ فَمَا فَوْقَهُ، تَأَمَّلْ.

[١١٦٠٣] (قَوْلُهُ: بِنَقْصِ) الْبَاءُ لِلتَّصْوِيرِ الْغُبْنَ، أَي: أَنَّ الْغُبْنَ يُتَصَوَّرُ فِي جَانِبِ الصَّغِيرَةِ بِالنَّقْصِ عَنِ مَهْرِ الْمَثَلِ وَفِي جَانِبِ الصَّغِيرِ بِالزِّيَادَةِ.

[١١٦٠٤] (قَوْلُهُ: أَوْ زَوْجَهَا بِغَيْرِ كَفٍّ) بِأَنَّ زَوَّجَ ابْنِهِ أُمَّةً أَوْ بَنَتَهُ عَبْدًا، وَهَذَا عِنْدَ "الإِمَامِ"، وَقَالَا: لَا يَجُوزُ أَنْ يُزَوَّجَهَا غَيْرَ كَفٍّ، وَلَا يَجُوزُ الْخَطُّ وَلَا الزِّيَادَةُ إِلَّا بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ، "ح"^(٤)

(١) "الخائنة": كتاب النكاح - فصل في شرائط النكاح ٣٤٠/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) المَقُولَةُ [١١٦٠٨] قَوْلُهُ: ((وَابْنُ الْجَنُونَةِ)).

(٣) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٧٩/٢ بتصرف.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ١٥٨ق/ب.

المزوّج بنفسه بُغِنَ (أباً أو جدّاً).....

عن "المنح"^(١)^(٢). ولا ينبغي ذِكرُ المِثالِ الأوّل؛ لأنّ الكفّاءَ غيرُ مُعتَبَرةٍ في جانبِ المرأةِ للرجُل، أفادَهُ في "الشَّرْنبِلَالَةِ"^(٣)، ونحوهُ في "ط"^(٤).

قلت: وعن هذا قال "الشَّارَحُ": ((أَوْ زَوْجَهَا)) مضافاً إلى ضميرِ المؤنّثة مع تعميمِهِ في الغِنِ الفاحش بقوله: ((ينقصُ مَهْرُها وزيادةَ مَهْرِهِ))، فَلِلَّهِ دَرَّةٌ ما أَمهرَهُ^(٥)! فافهم. لكنّ في هذا كلامٌ نذكرُهُ^(٦) قريباً.

[١١٦٠٥] (قوله: المزوّج بنفسه) احتَرَزَ به عمّا إذا وكَّلَ وكيلاً بتزويجها، وسيأتي بيانه قريباً، "ح"^(٧).

[١١٦٠٦] (قوله: بُغِنَ) كان عليه أن يقول: أو بغيرِ كفٍّ، ولو قال: المزوّج بنفسه على الوجه المذكور - كما قال في "المنح"^(٨) - لَسَلِمَ من هذا، "ح"^(٩).

(١) في "د" زيادة: ((وهذا موافقٌ لما سيأتي في باب الكفّاء عن "الظهيرية" وغيرها من اعتبارها في جانبها، بخالف لما يأتي عن "الحِيارَةِ"، ومشى عليه المصنّف هناك من عدم اعتبارها عند الكلّ، قال في "الخواشي السعدية": ولعلهما يعتران الكفّاء بالحرّية من جانبها دون غيرها؛ لأنّ رقية الزوجة تستبح رقية أولادها، انتهى. قال في "النهر": وهذا يرشد إليه تصوّيرُهُم المسألة بما إذا زوّجَ أمةً إلّا أنّ الظاهر اعتبارُها في جانبها عندهما مطلقاً)). ق ١٥٦/ب.

(٢) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الولي ١/ق ١١٩/ب.

(٣) "الشَّرْنبِلَالَةِ": كتاب النكاح - باب الولي والكفء ٣٣٦/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٤٢/٢.

(٥) ((ما أمهره)) ساقط من "الأصل".

(٦) المقولة [١١٦١٥] قوله: ((ولو عَيّنَ لو كيّله القدر)).

(٧) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٩/أ.

(٨) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الولي ١/ق ١١٩/ب.

(٩) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٩/ب.

وكذا المولى وابنُ المجنونة (لم يُعرَفْ منهما سوء الاختيارِ مَجَانَةً وفسقاً) وإنْ عُرِفَ
لا يصحُّ النِّكَاحُ اتِّفَاقاً، وكذا لو كان سكراناً.....

[١١٦٠٧] (قوله: وكذا المولى) أي: إذا زَوَّجَ الصَّغِيرَ أو الصَّغِيرَةَ المرفوقين، ثُمَّ أَعْتَقَهُمَا ثُمَّ بَلَغَا
فإنَّ نكاحهما لازمٌ ولو من غيرِ كَفءٍ أو غيرِ مَهْرٍ المثل، ولا يَثْبُتُ لهما خيارُ البلوغِ لكمالِ ولايةِ
المولى، فهو أقوى من الأبِّ والجدِّ، ولأنَّ خيارَ العتقِ يُعْنِي عنه، "ط"^(١). وهذا هو الصَّوابُ في
التَّصْوِيرِ، وأمَّا تصويرُ المسألةِ بما إذا كان الإعتاقُ قبلَ التَّزْوِيجِ فغيرُ صحيحٍ؛ لأنَّه في هذه الصُّورَةِ
يَثْبُتُ لهما خيارُ البلوغِ كما سنذكره^(٢)، والكلامُ في اللزومِ بلا خيارٍ كما في الأبِّ والجدِّ فافهم.
[١١٦٠٨] (قوله: وابنُ المجنونة) ومثلها المجنونُ، قال في "البحر"^(٣): ((المجنونُ والمجنونة إذا
زَوَّجَهما الابنُ ثُمَّ أَفَاقَا لا خيارَ لهما)).

[١١٦٠٩] (قوله: لم يُعرَفْ منهما إلخ) أي: من الأبِّ والجدِّ، وينبغي أن يكون الابنُ
كذلك بخلاف المولى، فإنَّه يتصرَّفُ في مِلْكِهِ، فينبغي نَفُوذُ تصرُّفِهِ مطلقاً كتصرُّفِهِ في سائرِ
أموالِهِ، "رحمته" فافهم.

[١١٦١٠] (قوله: مَجَانَةً وفسقاً) نصبٌ على التَّمْيِيزِ، وفي "المغرب"^(٤): ((المأجَنُ: الذي
لا يُبَالِي ما يَصْنَعُ وما قيل له، ومَصْدَرُهُ الْمُحْجُونُ، والمَجَانَةُ اسْمٌ منه، [٣/٥٣ق/٣] والفعلُ من بابِ
طَلَبَ)) اهـ.

وفي "شرح المجمع": ((حتَّى لو عُرِفَ من الأبِّ سوءُ الاختيارِ لِسَفَهِهِ أو لَطَمَعِهِ لا يَجُوزُ
عَقْدُهُ إجماعاً)) اهـ.

[١١٦١١] (قوله: وإنْ عُرِفَ لا يصحُّ النِّكَاحُ) استشكَلَ ذلك في "فتح القدير"^(٥) بما

(١) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٤٢/٢.

(٢) المَقُولَةُ [١١٦٢٤] قوله: ((وينبغي عنه خيار العتق)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٩/٣.

(٤) "المغرب": مادة ((مجن)).

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩٥/٣.

في "النوازل": ((لو زَوَّجَ بِنْتَهُ الصَّغِيرَةَ مِمَّنْ يُنْكِرُ أَنَّهُ يَشْرَبُ الْمُسْكِرَ فَإِذَا هُوَ مُدْمِنٌ لَهُ، وَقَالَتْ: لَا أَرْضَى بِالنِّكَاحِ، أَيْ: بَعْدَمَا كَبُرَتْ إِنْ لَمْ يَكُنْ يَعْرِفُهُ الْأَبُ بِشْرَبِهِ، وَكَانَ غَلْبَةً أَهْلُ بَيْتِهِ صَالِحِينَ فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ إِذَا زَوَّجَ عَلَى ظَنٍّ أَنَّهُ كَفَاءٌ)) اهـ.

قال^(١): ((إِذْ يَقْتَضِي أَنَّهُ لَوْ عَرَفَهُ الْأَبُ بِشْرَبِهِ فَالنِّكَاحُ نَافِذٌ، مَعَ أَنَّ مَنْ زَوَّجَ بِنْتَهُ الصَّغِيرَةَ الْقَابِلَةَ لِلتَّحْلُقِ بِالْخَيْرِ وَالشَّرِّ مِمَّنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ شَرِيبٌ فَاسِقٌ فَسَوْءُ اخْتِيَارِهِ ظَاهِرٌ))، ثُمَّ أَجَابَ: ((بَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنْ تَحْقِيقِ سَوْءِ اخْتِيَارِهِ بِذَلِكَ أَنَّهُ يَكُونُ مَعْرُوفاً بِهِ، فَلَا يَلْزَمُ بَطْلَانُ النِّكَاحِ عِنْدَ تَحْقِيقِ سَوْءِ الْاِخْتِيَارِ، مَعَ أَنَّهُ لَمْ يَتَحَقَّقْ لِلنَّاسِ كَوْنُهُ مَعْرُوفاً بِمِثْلِ ذَلِكَ)) اهـ.

والحاصل: أَنَّ الْمَانِعَ هُوَ كَوْنُ الْأَبِّ مَشْهُوراً بِسَوْءِ الْاِخْتِيَارِ قَبْلَ الْعَقْدِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَشْهُوراً بِذَلِكَ، ثُمَّ زَوَّجَ بِنْتَهُ مِنْ فَاسِقٍ صَحَّ وَإِنْ تَحَقَّقَ بِذَلِكَ أَنَّهُ سَيِّئُ الْاِخْتِيَارِ وَاشْتَهَرَ بِهِ عِنْدَ النَّاسِ، فَلَوْ زَوَّجَ بِنْتاً أُخْرَى مِنْ فَاسِقٍ لَمْ يَصَحَّ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ كَانَ مَشْهُوراً بِسَوْءِ الْاِخْتِيَارِ قَبْلَهُ بِخِلَافِ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ؛ لِعَدَمِ وَجُودِ الْمَانِعِ قَبْلَهُ، وَلَوْ كَانَ الْمَانِعُ مَجْرَداً تَحْقِيقِ سَوْءِ الْاِخْتِيَارِ بِدُونِ الْاِشْتِهَارِ لَزِمَ إِحَالَةُ الْمَسْأَلَةِ، أَعْنِي قَوْلَهُمْ: وَلَزِمَ النِّكَاحُ وَلَوْ بَغْيٍ فَاحِشٍ أَوْ بَغْيٍ كَفَاءٍ إِنْ كَانَ الْوَلِيُّ أَبَا أَوْ جَدًّا.

ثُمَّ اعْلَمْ أَنَّ مَا مَرَّ^(٢) عَنْ "النَّوَاذِلِ": ((مَنْ أَنَّ النِّكَاحَ بَاطِلٌ)) مَعْنَاهُ: أَنَّهُ سَيَبْطُلُ كَمَا فِي "الذَّخِيرَةِ"؛ لِأَنَّ الْمَسْأَلَةَ مَفْرُوضَةٌ فِيمَا إِذَا لَمْ تَرْضَ الْبِنْتُ بَعْدَمَا كَبُرَتْ كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي "الْحَانِيَةِ"^(٣) وَ"الذَّخِيرَةِ" وَغَيْرِهِمَا، وَعَلَيْهِ يُحْمَلُ مَا فِي "الْقَنِية"^(٤): ((زَوَّجَ بِنْتَهُ الصَّغِيرَةَ مِنْ رَجُلٍ ظَنَّهُ خَرًّا الْأَصْلَ وَكَانَ مُعْتَقاً فَهُوَ بَاطِلٌ بِالِاتِّفَاقِ)) اهـ.

(١) أي صاحب "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩٥/٣.

(٢) في المقولة نفسها.

(٣) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ٣٥٣/١ - ٣٥٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "القنية": كتاب النكاح - باب في نكاح الصغار والصغار ق ٣٣/ب.

فَزَوَّجَهَا مِنْ فَاسِقٍ أَوْ شَرِّيرٍ أَوْ فَقِيرٍ أَوْ ذِي حِرْفَةٍ دَنِيئَةٍ؛ لظُهُورِ سَوْءِ اخْتِيَارِهِ،
فَلَا تُعَارِضُهُ شَفَقَتُهُ الْمُظَنُّونَةُ، "بحر".....

وَعُلِمَ مِنْ عِبَارَةِ "الْقَنِيَّةِ" أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي عَدَمِ الْكِفَاءَةِ بَيْنَ كَوْنِهِ بِسَبَبِ الْفَسَقِ أَوْ غَيْرِهِ، حَتَّى لَوْ زَوَّجَهَا مِنْ فَقِيرٍ أَوْ ذِي حِرْفَةٍ دَنِيئَةٍ وَلَمْ يَكُنْ كَفْتًا لَهَا لَمْ يَصِحَّ، فَقَصَّرُ "ابْنِ الْهَمَامِ" ^(١) كَلَامَهُمْ عَلَى الْفَاسِقِ مِمَّا لَا يَنْبَغِي كَمَا أَفَادَهُ فِي "الْبَحْرِ" ^(٢)، وَمَا ذَكَرْنَا مِنْ ثُبُوتِ الْخِيَارِ لِلْبَنَتِ إِذَا بَلَغَتْ إِنَّمَا هُوَ فِي الصَّغِيرَةِ، أَمَّا لَوْ زَوَّجَ الْأَوْلِيَاءُ الْكَبِيرَةَ بِإِذْنِهَا وَلَمْ يَعْلَمُوا عَدَمَ الْكِفَاءَةِ، ثُمَّ ظَهَرَ عَدَمُهَا فَلَا خِيَارَ لِأَحَدٍ كَمَا سَيَذْكُرُهُ ^(٣) "الْمُشَارَحُ" أَوَّلَ الْبَابِ [٥٣/٣ ب] الْآتِي، وَيَأْتِي ^(٤) تَمَامُ الْكَلَامِ عَلَيْهِ هُنَاكَ.

[١٦١٢] (قَوْلُهُ: فَزَوَّجَهَا مِنْ فَاسِقٍ إلخ) وَكَذَا لَوْ زَوَّجَهَا بَغْنٍ فَاحِشٍ فِي الْمَهْرِ لَا يَجُوزُ إِجْمَاعًا، وَالصَّاحِي يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِ السَّكَرَانِ أَنَّهُ لَا يَتَأَمَّلُ؛ إِذْ لَيْسَ لَهُ رَأْيٌ كَامِلٌ، فَبَقِيَ التَّقْصَانُ ضَرَرًا مُحْضًا، وَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِ الصَّاحِي أَنَّهُ يَتَأَمَّلُ، "بِحَرْ" ^(٥) عَنْ "الذَّخِيرَةِ". ثُمَّ قَالَ: ((وَكَذَا السَّكَرَانُ لَوْ زَوَّجَ مِنْ غَيْرِ الْكِفَاءِ كَمَا فِي "الْحَانِيَّةِ" ^(٦)، وَبِهِ عُلِمَ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْأَبِّ مَنْ لَيْسَ بِسَكَرَانٍ وَلَا عُرِفَ بِسَوْءِ الْاخْتِيَارِ)) اهـ.

قُلْتُ: وَمَقْتَضَى التَّعْلِيلِ أَنَّ السَّكَرَانَ أَوْ الْمَعْرُوفَ بِسَوْءِ الْاخْتِيَارِ لَوْ زَوَّجَهَا مِنْ كَفٍّ مَهْرٍ الْمَثَلُ صَحَّ لِعَدَمِ الضَّرَرِ الْمُحْضِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ: ((وَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِ الصَّاحِي أَنَّهُ يَتَأَمَّلُ)) أَيُّ: أَنَّهُ لَوْفُورِ شَفَقَتِهِ بِالْأَبْوَةِ لَا يُزَوِّجُ بَنَتَهُ مِنْ غَيْرِ كَفٍّ أَوْ بَغْنٍ فَاحِشٍ إِلَّا لِمَصْلَحَةٍ تَرِيدُ عَلَى هَذَا الضَّرَرِ كَعَلِمِهِ بِمُجَسِّنِ الْعِشْرَةِ مَعَهَا وَقِلَّةِ الْأَذَى وَنَحْوِ ذَلِكَ، وَهَذَا مَفْقُودٌ فِي السَّكَرَانِ وَسَيُّ الْاخْتِيَارِ إِذَا خَالَفَ لَظْهُورَ عَدَمِ رَأْيِهِ وَسَوْءِ اخْتِيَارِهِ فِي ذَلِكَ.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩٤/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الأكفاء ١٤٥/٣، وفيه: ((الفاقد)) بدل ((الفاسق))، وهو خطأ.

(٣) "در" ص ٢٩٠.

(٤) المقولة [١٧٥٣] قوله: ((لا خيار لأحد)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الأكفاء ١٤٦/٣.

(٦) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ٣٥٤/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(وإن كان المزوج غيرهما) أي: غير الأب وأبيه ولو الأم أو القاضي أو وكيل الأب، لكن في "النهر"^(١) بحثاً: ((لو عيّن لوكيله القدر صح)).....

[١١٦١٣] (قوله: أي: غير الأب وأبيه) الأولى أن يزيد: والابن والمولى لما مر^(٢).

[١١٦١٤] (قوله: ولو الأم أو القاضي) هو الأصح؛ لأن ولايتهما متأخرة عن ولاية الأخ والعلم، فإذا ثبت الخيار في الحاحب فسي المحجوب أولى، "بحر"^(٣). ولقصور الرأي في الأم وتقصان الشفقة في القاضي، "ذخيرة". لكن سنذكر في مسألة عضل الأقرب أن تزويج القاضي نيابة عنه، فليس لها الخيار، ويأتي^(٤) تمامه هناك.

[١١٦١٥] (قوله: لو عيّن لوكيله القدر) أي: الذي هو غيب فاحش، "نهر"^(٥). وكذا لو عيّن له رجلاً غير كفء كما بحثه العلامة "المقدس".

(قوله: لكن سنذكر في مسألة عضل الأقرب أن تزويج القاضي نيابة عنه، فليس لها الخيار إلخ) الذي يظهر أن عدم ثبوت الخيار مبني على رواية أن القاضي كالأب، وإلا فالوكيل من قبيل الأب ليس كالأب. والقاضي في مسألة العضل إنما يزوّج بطريق النيابة عنه فكانه وكيله، وذكر "السندي" ما نصّه: ((وعن الإمام: لا يثبت لها الخيار لأن ولاية القاضي تامة؛ لأنها تعم المال والنفس، وشفقة الأم فوق شفقة الأب فكانا كالأب، والأول هو الصحيح "زيلعي"، وعليه الفتوى، "هندية")) اهـ. وسيأتي في كلام "المحشي" حمل عدم الخيار لها على ما إذا كان العاضل الأب وغوه؛ لثبوت الخيار إذا كان المزوج غيرهما فكذا عند تزويج القاضي نيابة عنه.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧١/ب - ق ١٧٢/أ.

(٢) "در" ص ٢٢٧.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٩/٣.

(٤) المقولة [١٧٢٣] قوله: ((لكن في "القهستاني" إلخ)).

(٥) "النهر": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ق ١٧٦/أ.

(لا يصحُّ النِّكَاحُ (مِنْ غَيْرِ كَفٍّ أَوْ بَغْنٍ فَاحِشٍ.....

(تنبيه)

ذَكَرَ فِي "شرح الجمع": ((أَنَّ تَزْوِيجَ الْأَبِ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ مِنْ غَيْرِ كَفٍّ أَوْ بَغْنٍ فَاحِشٍ جَائِزٌ عِنْدَهُ لَاعِنْدَهُمَا))، ثُمَّ قَالَ: ((وَفِي "المحيط"^(١): الْوَكِيلُ بِالنِّكَاحِ إِذَا زَادَ أَوْ نَقَصَ عَنْ مَهْرٍ الْمَثَلُ فَعَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ)) اهـ.

وهذا خلافُ ما ذكره "الشارح" تبعاً لما في "البحر"^(٢) عن "القنية"^(٣)، وقد يجابُ بأنَّ الوكيل في عبارة "شرح الجمع" ليس المرادُ به وكيلُ الأب، بل وكيلُ الزوج أو الزوجة البالغين بقرينة ما في "البدائع"^(٤)، حيث ذكر الخلافَ السَّابِقَ ثُمَّ قَالَ: ((وعلى هذا الخلافُ التَّوَكُّلُ بِأَنْ وَكَّلَ رَجُلٌ رَجُلًا بِأَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً، فزَوَّجَهُ بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرٍ مِثْلُهَا مَقْدَارَ [١/٥٤ق/٣] مَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ، أَوْ وَكَّلَتْ امْرَأَةٌ رَجُلًا بِأَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْ رَجُلٍ فزَوَّجَهَا بِدُونِ صَدَاقٍ مِثْلُهَا أَوْ مِنْ غَيْرِ كَفٍّ)) اهـ. وَقَدْ مَنَاهُ^(٥) أَيْضًا عَنْ "الْبَرَّازِيَّةِ"^(٦)، وَعَلَيْهِ فَلَا مَنَافَاةَ، فَتُدْبَرُ.

مطلبٌ مهمٌ: هل للعصبة تزويج الصَّغِيرِ امْرَأَةً غَيْرَ كَفٍّ لَهُ؟

[١١٦١٦] (قوله: لا يصحُّ النِّكَاحُ مِنْ غَيْرِ كَفٍّ) مثله قول "الكنز"^(٧): ((ولو زَوَّجَ طِفْلُهُ غَيْرَ كَفٍّ أَوْ بَغْنٍ فَاحِشٍ صَحَّ، وَلَمْ يَجْزِ ذَلِكَ لِغَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ))، وَمَقْتَضَاهُ أَنَّ الْأَخَ لَوْ زَوَّجَ أَخَاهُ الصَّغِيرَ امْرَأَةً أَدْنَى مِنْهُ لَا يَصَحُّ، وَفِيهِ مَا مَرَّ^(٨) عَنْ "الشَّرْنِبِلَالِيَّةِ"^(٩): ((مَنْ أَنَّ

(١) "المحيط البرهاني": كتاب النكاح - الفصل الثامن في الوكالة بالنكاح ١/١٩٣ أ/ بتصرف.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - فصل في الأكفاء ١/٤٦٣.

(٣) "القنية": كتاب النكاح - باب في الأولياء ق ٣٤ أ.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح - بيان شرائط جواز النكاح ونفاذه - فصل: وأما الذي يرجع إلى نفس التصرف ٢/٢٤٦.

(٥) المقولة [١١٥٥٢] قوله: ((وقيل: يشترط)).

(٦) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الحادي عشر في الوكالة ١٣٠/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - فصل في بيان أحكام الأكفاء ١/٤٨٨.

(٨) المقولة [١١٦٠٤] قوله: ((أو زوجها بغير كف)).

(٩) "الشرنبلالية": كتاب النكاح - باب الولي والكفء ٣٣٦/١ (هامش "الدرر والغرر").

أصلاً) وما في "صدر الشريعة":

الكفاءة لا تُعتبر للزوج)) كما سيأتي^(١) في بابها أيضاً، وقدمنا^(٢) أن "الشَّارح" أشار إلى ذلك أيضاً، وقد راجعت كثيراً فلم أر شيئاً صريحاً في ذلك، نعم رأيتُ في "البدائع"^(٣) مثل ما في "الكنز"^(٤) حيث قال: ((وأمَّا إنكاح الأب والجدِّ الصَّغِير والصَّغِيرَة فالكفاءة فيه ليست بشرطٍ عند "أبي حنيفة"؛ لصدوره من له كمالُ النظر لكمال^(٥) الشَّفَقَة، بخلاف إنكاح الأخ والعَمِّ من غير كفء، فإنه لا يجوز بالإجماع؛ لأنه ضررٌ محضٌ)) اهـ.

فقوله: ((بخلاف إلخ)) ظاهرٌ في رجوعه إلى كلِّ من الصَّغِير والصَّغِيرَة، وعلى هذا فمعنى عدم اعتبار الكفاءة للزوج أن الرجل لو زَوَّج نفسه من امرأة أدنى منه ليس لعصباته حقُّ الاعتراض بخلاف الزَّوْجَة وبخلاف الصَّغِيرَيْن إذا زَوَّجَهُمَا غيرُ الأب والجدِّ، هذا ما ظهر لي، وسنذكر^(٦) في أوَّل باب الكفاءة ما يؤيِّده^(٧)، والله أعلم.

[١١٦١٧] (قوله: أصلاً) أي: لا لازماً ولا موقوفاً على الرِّضَا بعد البلوغ، قال في "فتح القدير"^(٨): ((وعلى هذا ابْتَنَى الفرعُ المعروف: لو زَوَّجَ العَمُّ الصَّغِيرَة حُرَّةَ الجدِّ من مُعْتَقِ الجدِّ، فَكَبِّرَتْ وأجازَتْ لا يصحُّ؛ لأنه لم يكن عقداً موقوفاً؛ إذ لا مُجَيِّزَ له، فإنَّ العَمَّ ونحوه لم يصحَّ منهم التَّزْوِيجُ بغيرِ الكفء)) اهـ.

٣٠٥/٢

(١) المقولة [١١٧٤٨] قوله: ((من جانب)).

(٢) المقولة [١١٦٠٤] قوله: ((أو زوجها بغير كفء)).

(٣) "البدائع": كتاب النكاح - بيان شرائط جواز النكاح ونفاذه - فصل: وأما الثاني فالنكاح الذي الكفاءة فيه شرط لزومه ٣١٨/٢.

(٤) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - فصل في بيان أحكام الألفاء ١٤٩/١.

(٥) ((النظر لكمال)) ساقط من "الأصل".

(٦) المقولة [١١٧٤٩] قوله: ((ولذا لا يعتبر)).

(٧) ((وسنذكر في أول باب الكفاءة ما يؤيده)) ساقط من "الأصل".

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩٦/٣.

((صَحَّ، ولهما فسَخُهُ)) وَهَمْ (وَإِنْ كَانَ مِنْ كَفٍ وَبَعْرِ الْمَثَلِ صَحَّ،.....)

قال في "البحر"^(١): ((ولذا ذَكَرَ في "الحانية"^(٢)) وغيرها: أَنَّ غَيْرَ الْأَبِ وَالْجَدَّ إِذَا زَوَّجَ الصَّغِيرَةَ فَالْأَحْوَطُ أَنْ يُزَوِّجَهَا مَرَّتَيْنِ: مَرَّةً بِمَهْرٍ مُسَمًّى وَمَرَّةً بِغَيْرِ التَّسْمِيَةِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ فِي التَّسْمِيَةِ نَقْصَانٌ فَاحْشٌ وَلَمْ يَصَحَّ النِّكَاحُ الْأَوَّلُ يَصَحُّ الثَّانِي^(٣))) اهـ. وليس للتزويج من غيرِ كَفٍ حيلةٌ كما لا يخفى اهـ.

[١١٦١٨] (قوله: صَحَّ ولهما فسَخُهُ) أي: بعد بلوغهما، والجملة قُصِدَ بها لفظُها مرفوعةُ المحلِّ على أَنَّهَا بدلٌ من ((ما))، أو محكيَّةٌ بقولٍ مخدوفٍ، أي: قائلاً، وقوله: ((وَهَمْ)) خبرٌ عن ((ما))، وبعبارة [٣/٥٤٤ب] "صدر الشريعة" في متنبه^(٤): ((وصَحَّ إنكاحُ الأبِ والجَدِّ الصَّغِيرِ والصَّغِيرَةِ بغيرِ فاحشٍ ومن غيرِ كَفٍ لا غيرهما))، وقال في "شرح^(٥)": ((أي: لو فَعَلَ الأبُ أو الجدُّ عندَ علمِ الأبِ لا يكونُ للصَّغِيرِ والصَّغِيرَةِ حقُّ الفسخِ بعد البلوغِ، وإنْ فَعَلَ غيرُهما فلهما أَنْ يفسخا بعد البلوغِ)) اهـ.

ولا يخفى أَنَّ الوَهْمَ في عبارة الشرح، وقد نَبَّهَ على وَهْمِهِ "ابنُ الكمال"، وكذا المحقِّقُ "التفتازاني" في "التلويح"^(٦) في بحثِ العوارض، وذكر: ((أَنَّهُ لا يوجدُ له روايةٌ أصلاً))، وأجاب "القهستاني"^(٧): ((بأنَّ صحَّتهُ بالغيرِ الفاحشِ نقلُها في "الجواهر" عن بعضهم، وبغيرِ كَفٍ نقلُها في "الجامع" عن بعضهم))، قال: ((وهذا يدلُّ على وجودِ الروايةِ)) اهـ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٢٨/٣ بتصرف. وفيه: ((عن "المحيط" وغيره)) بدل ((الحانية" وغيرها)).

(٢) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في الأولياء ٣٥٩/١ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) عبارة "الحانية": ((يصح الثاني بمهر المثل)).

(٤) انظر شرح "الوقاية": كتاب النكاح - فصل: لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه ١٧٢/١ (هامش "كشف الحقائق").

(٥) "شرح الوقاية": كتاب النكاح - فصل: لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه ١٧٢/١ (هامش "كشف الحقائق").

(٦) "التلويح على التوضيح": العوارض المكتسبة ١٨٥/٢.

(٧) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل الولي والكف ٢٧٩/١.

(و) لكن (لهما) أي: لصغير وصغيرة ومُلْحَقَ بهما (خيارُ الفسخ) ولو بعد الدخول^(١) (بالبلوغ أو العلم بالنكاح^(٢) بعده).....

قلت: وفيه نظر، فإن ما كان قولاً لبعض المشايخ لا يلزم أن يكون فيه رواية عن أئمة المذهب، ولا سيما إذا كان قولاً ضعيفاً مخالفاً لما في مشاهير كتب المذهب المعتمدة. [١١٦١٩] (قوله: ولكنهما خيارُ البلوغ) دفع به توهم اللزوم المتبادر من الصحة، "ط"^(٣). وأطلق فشمل الذميين والمسلمين، وما إذا زوّجت الصغيرة نفسها فأجاز الولي؛ لأن الجواز ثبت بإجازة الولي، فالتحق بنكاح باشرة، "بحر"^(٤) عن "المحيط".

[١١٦٢٠] (قوله: ومُلْحَقَ بهما) كالمجنون والمجنونة إذا كان الزوجُ لهما غير الأب والجد والابن، بأن كان أماً أو عمّاً مثلاً، قال في "الفتح"^(٥) بعد أن ذكر العصبات: ((وكل هؤلاء يثبت لهم ولاية الإحبار على البنت والذكر في حال صغرهما أو كبرهما إذا جُنّا، مثلاً: غلام بلغ عاقلاً ثم جُنّ، فزوجه أبوه وهو رجلٌ جاز إذا كان مطبقاً، فإذا أفاق فلا خيار له، وإن زوجه أخوه فأفاق فله الخيار)) اهـ.

[١١٦٢١] (قوله: بالبلوغ) أي: إذا علِمَ قبله أو عنده، "فهستاني"^(٦). [١١٦٢٢] (قوله: أو العلم بالنكاح بعده) أي: بعد البلوغ، بأن بلغا ولم يعلما به ثم علِمَا بعده.

(١) ((ولو بعد الدخول)) ساقط من "ب".

(٢) في "د" زيادة: (قوله: أو العلم بالنكاح، أي: إذا زوّج الولي البكر البالغة ولم تعلم بالنكاح يُعْتَمَلُ جهلها عُذراً، ويكون لها خيار الفسخ، وإن سكنت قبله، كما أفاده الحموي، وإن فسح بخيار البلوغ فلا مهر لها قبل الدخول، وإن كان بعد الدخول فلها المهر كاملاً، "منع"). ق. ١٥٦/ب.

(٣) "ط" - كتاب النكاح - باب الولي ٣٤/٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٢٨/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٧٥/٣ بتصرف.

(٦) "جامع الرموز": كتاب النكاح - باب الولي والكفاءة ٢٧٩/١ بتصرف.

لَقُصُورِ الشَّفَقَةِ، وَيُعْنِي عَنْهُ خِيَارُ الْعَتَقِ^(١)، وَلَوْ بَلَغَتْ وَهُوَ صَغِيرٌ فُرُقَ.....

[١١٦٢٣] (قوله: لَقُصُورِ الشَّفَقَةِ) أي: وَلَقُصُورِ الرَّأْيِ فِي الْأَمِّ، وَهَذَا جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ "أَبِي يَوْسَفَ": إِنَّهُ لَا خِيَارَ لَهَا مَعَ ابْنِهَا أَوْ ابْنَتِهَا أَوْ ابْنِهَا أَوْ ابْنَتِهَا.

[١١٦٢٤] (قوله: وَيُعْنِي عَنْهُ خِيَارُ الْعَتَقِ) اعْلَمْ أَنَّ خِيَارَ الْعَتَقِ لَا يَثْبُتُ لِلذَّكَرِ بَلْ لِلْأُنْثَى فَقَطْ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً، فَإِذَا زَوَّجَهَا مَوْلَاهَا ثُمَّ أَعْتَقَهَا فَلَهَا الْخِيَارُ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يَزُولُ مِلْكُ الزَّوْجِ عَلَيْهَا بِطَلْقَتَيْنِ، فَصَارَ لَا يَزُولُ إِلَّا بِثَلَاثٍ، [٣/٥٥٥ق] لَكِنْ لَوْ صَغِيرَةً لَا تُحَرِّمُ مَا لَمْ تَبْلُغْ، فَإِذَا بَلَغَتْ خَيْرَهَا الْقَاضِي خِيَارُ الْعَتَقِ لَا خِيَارَ الْبُلُوغِ وَإِنْ ثَبِتَ لَهَا أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ أَعْمُ، فَيَنْتَظِمُ الثَّانِي تَحْتَهُ، وَقِيلَ: لَا يَثْبُتُ لَهَا خِيَارُ الْبُلُوغِ، وَهُوَ الْأَصَحُّ، وَهَكَذَا ذِكْرُهُ "مَحْمَدٌ" فِي "الْجَامِعِ"^(٢)؛ لِأَنَّ وَلَايَةَ الْمَوْلَى وَلَايَةً كَامِلَةً؛ لِأَنَّهَا بِسَبَبِ الْمَلِكِ، فَلَا يَثْبُتُ خِيَارُ الْبُلُوغِ كَمَا فِي الْأَبِّ وَالْجَدِّ. وَلَوْ زَوَّجَ عَبْدُهُ الصَّغِيرَ حُرَّةً ثُمَّ أَعْتَقَهَا ثُمَّ بَلَغَ فَلَيْسَ لَهُ خِيَارُ بُلُوغٍ وَلَا خِيَارُ عَتَقٍ؛ لِأَنَّ إِنْكَاحَ الْمَوْلَى بِاعْتِبَارِ الْمَلِكِ لَا بِطَرِيقِ النَّظَرِ لَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا زَوَّجَهُ بَعْدَ الْعَتَقِ وَهُوَ صَغِيرٌ؛ لِأَنَّهُ بِطَرِيقِ النَّظَرِ. هَذَا خِلَافُ مَا فِي "الذَّخِيرَةِ" مِنَ الْفَصْلِ السَّابِعِ عَشَرَ، وَنَحْوُهُ فِي "جَامِعِ الصَّغَارِ"^(٣) لِلْإِمَامِ "الْأَسْتَرْوْشَنِيِّ". وَفِي "الْبَحْرِ"^(٤) عَنْ "الإِسْبِيحَانِيِّ": ((لَوْ أَعْتَقَ أُمَّتُهُ الصَّغِيرَةَ أَوَّلًا ثُمَّ زَوَّجَهَا ثُمَّ بَلَغَتْ فَإِنَّ لَهَا خِيَارَ الْبُلُوغِ)) اهـ، أَيْ: لِمَا مَرَّ^(٥) مِنْ أَنَّ وَلَايَتَهُ عَلَيْهَا بِطَرِيقِ النَّظَرِ، وَلِأَنَّهَا وَلَايَةُ

(١) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((قوله: وَيُعْنِي عَنْهُ خِيَارُ الْعَتَقِ، أَيْ: وَيُعْنِي عَنْ خِيَارِ الْبُلُوغِ خِيَارُ الْعَتَقِ، قَالَ فِي "الْجَوَاهِرِ": ثُمَّ خِيَارُ الْعَتَقِ يَفَارِقُ خِيَارَ الْبُلُوغِ مِنْ أَرْبَعَةِ أَوْجِهٍ: يَقَعُ بِاخْتِيَارِهَا مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ، وَلَا يَطْلُ بِالسَّكُوتِ، وَيَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ، وَلَا يَطْلُ بِالْجَهْلِ بِهِ، كَذَا فِي "الْوَجِيزِ".

ثُمَّ الْفَرْقَةُ بَيْنَ الْبُلُوغِ لَيْسَتْ بِطَلَاقٍ لَا يَصِحُّ مِنَ الْأُنْثَى، وَلَا طَلَاقٌ إِلَيْهَا، وَكَذَا بَيْنَ الْعَتَقِ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ بِخِلَافِ خِيَارِ الْمُخَيَّرَةِ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ هُوَ الَّذِي مَلَكَهَا، وَهُوَ مَالِكُ الطَّلَاقِ، انْتَهَى)) ق ١٥٦/ب.

(٢) "الْجَامِعُ الْكَبِيرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ مِنَ النِّكَاحِ أَيْضًا بَيْنَ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ الْخِيَارَ لَهَا ص ١٠٤-.

(٣) "جَامِعُ أَحْكَامِ الصَّغَارِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلٌ فِي مَسَائِلِ الْأَوْلِيَاءِ ٧٨/١.

(٤) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١٢٩/٣.

(٥) فِي الْمَقُولَةِ نَفْسُهَا.

بمحضرة أبيه أو وصيه (بشرط القضاء).....

إعتاق، وهي متأخرة عن جميع العَصَبَات، فلها خيار البلوغ كما في ولاية الأخ والعَمِّ بل أولى، بخلاف ما لو زوّجها قبل الإعتاق ثم بَلَّغَتْ فإنه ليس لها خيار بلوغ كما مر^(١)؛ لأن ولاية المِلِك أقوى من ولاية الأب والجد.

والحاصل: أن خيار العتق لا يثبت للذكر الرقيق صغيراً أو كبيراً، ويثبت للأنتى مطلقاً إذا زوّجها حالة الرق، وأن خيار البلوغ يثبت للصغير والصغيرة إذا زوّجها بعد العتق، وأنه لا يثبت لهما إذا زوّجها قبله لا استقلالاً ولا تبعاً لخيار العتق للصغيرة على الصحيح، فقوله: ((ويُغني عنه خيار العتق)) مبني على الضعيف.

[١١٦٢٥] قوله: بمحضرة أبيه أو وصيه فإن لم يوجد أحدهما ينصب القاضي وصياً يُخاصم، فيُحضّره ويطلب منه حجة للصغير تبطل دعوى الفرقة من بينة على رضاها بالنكاح بعد البلوغ أو تأخيرها طلب الفرقة، وإلا يُحلفها الخصم، فإن حلفت يُفرق بينهما الحاكم بمحضرة الخصم بلا انتظار إلى بلوغ الصبي، "أدب الأوصياء"^(٢) عن "جامع الفصولين"^(٣).

قلت: والظاهر أن وصي الأب مُقدّم على الجد كما صرحوا به في بابها، ثم رأيت هنا في "جامع الصغار"^(٤) قال في امرأة الصبي: ((لو وجدته يُتَظَرُّ بلوغه))، ثم قال: ((فإن لم يكن له أب ولا وصي فالجد أو خصومتها، ولو وجدته عنيماً يُتَظَرُّ بلوغه))، ثم قال: ((فإن لم يكن له أب ولا وصي فالجد أو وصيه خصم فيه، فإن لم يكن نصب القاضي عنه خصماً إلخ))، فافهم.

[١١٦٢٦] قوله: بشرط القضاء أي: لأن في أصله ضعفاً، فيتوقف عليه كالرجوع في الهبة، وفيه إيماء إلى أن الزوج لو كان غائباً لم يُفرق بينهما ما لم يحضر للزوم القضاء على الغائب، "نهر"^(٥).

(١) للمقولة [١١٦٠٧] قوله: ((وكذا المولى)).

(٢) "أدب الأوصياء": فصل في النكاح ١١٤/٢ بتصرف (هامش "جامع الفصولين")، وهو: لعلي بن محمد الجمالي الرومي، (ت ٩٣١ هـ). ("كشف الظنون" ٤٥/١، "فهرس المخطوطات الظاهرية" - الفقه الحنفي ٢٣٨/١، "معجم المؤلفين" ٤٩٩/٢).

(٣) لم نثر عليها في نسخة "جامع الفصولين" التي بين أيدينا.

(٤) "جامع أحكام الصغار": كتاب النكاح - في مسائل المهر ١٠٨/١ بتصرف.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١/١٧١.

للفسخ (فيتوارثان فيه) ويلزَمُ كلُّ المهر. ثمَّ الفرقَةُ إنَّ مِنْ قِبَلِهَا ففسخٌ لا يَنْقُصُ
عددَ طلاقٍ،.....

قلت: وبه صرَّحَ "الأسْتُوشِي" في "جامعه"^(١).

[١١٦٢٧] (قوله: للفسخ) أي: هذا الشرطُ إنما هو للفسخ لا لثبوت الاختيار.
وحاصله: أنَّه إذا كان المَرْجُوعُ للصَّغِيرِ والصَّغِيرَةُ غَيْرَ الأبِ والجَدِّ فلَهُمَا الخيارُ بالبلوغ
أو العِلْمِ به، فإنَّ اختارَ الفسخُ لا يَثْبُتُ الفسخُ إلَّا بشرطِ القضاء، فلذا فرَّعَ عليه بقوله:
(فيتوارثان فيه))، أي^(٢): في هذا النكاح قبل ثبوت فسخه.

[١١٦٢٨] (قوله: ويلزَمُ كلُّ المهر) لأنَّ المهر كما يلزَمُ جميعُهُ بالدخول ولو حكماً كالحلوة
الصَّحِيحَةِ كذلك يلزَمُ موتَ أحدهما قبل الدخول، أمَّا بدون ذلك فيسقطُ ولو الخيارُ منه؛ لأنَّ
الفرقة بالخيار فسخٌ للعقد، والعقد إذا انفسخ يُجْعَلُ كأنَّه لم يكن كما في "النهر"^(٣).

[١١٦٢٩] (قوله: إنَّ مِنْ قِبَلِهَا) أي: وليست بسبب من الزوج، كذا في "النهر"^(٤). واحترزَ
به عن التَّخْيِيرِ والأمر باليد، فإنَّ الفرقَةَ فيهما وإنَّ كانت من قِبَلِهَا لكنَّ كما كانت بسبب من
الزوج كانت طلاقاً، "ح"^(٥).

[١١٦٣٠] (قوله: لا يَنْقُصُ عددَ طلاقٍ) فلو جدَّدَ العقدَ بعده ملكُ الثلاث كما في "الفتح"^(٦).

(قوله: وليست بسبب من الزوج إلخ) لا حاجة لهذه الزيادة ولا لِمَا احتَرَزَ بها عنه؛ فإنَّ مَوْضِعَ
الكلام في فرقَةٍ ليست بصريح ولا كناية اهـ "ميندي".

(١) "جامع أحكام الصغار": فصل في مسائل الأولياء ٧٦/١.

(٢) من (غير الأب) إلى (فيه أي) ساقط من "الأصل".

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٢/أ.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٢/أ.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٩/ب.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٩/٣-١٨٠.

ولا يَلَحَقُهَا طَلَاقٌ إِلَّا فِي الرَّدَّةِ،.....

[١١٦٣١] (قوله: ولا يَلَحَقُهَا طَلَاقٌ) أي: لا يَلَحَقُ الْمُعْتَدَّةَ بَعْدَهُ الْفَسْخُ فِي الْعِدَّةِ طَلَاقٌ وَلَوْ صَرِيحاً، "ح" ^(١). وإنما تَلَزُمُهَا الْعِدَّةُ إِذَا كَانَ الْفَسْخُ بَعْدَ الدُّخُولِ، وَمَا ذَكَرَهُ "الشَّارَحُ" نَقْلَهُ فِي "الْبَحْرِ" ^(٢) عَنْ "النِّهَايَةِ" عَلَى خِلَافِ مَا بَحَثَهُ فِي "الْفَتْحِ" ^(٣). وَقَيَّدَ بَعْدَهُ الْفَسْخُ لِمَا فِي "الْفَتْحِ" ^(٤): ((مَنْ أَنَّ كُلَّ فُرْقَةٍ بِطَلَاقٍ يَلَحَقُهَا الطَّلَاقُ فِي الْعِدَّةِ إِلَّا فِي اللَّعَانِ؛ لِأَنَّهُ يُوجِبُ حَرَمَةً مُؤَبَّدَةً)) اهـ. وَسَيَأْتِي ^(٥) بَيَانُ ذَلِكَ مُسْتَوْفَى إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى قَبِيلَ بَابِ تَقْوِيضِ الطَّلَاقِ.

[١١٦٣٢] (قوله: إِلَّا فِي الرَّدَّةِ) يَعْنِي: أَنَّ الطَّلَاقَ الصَّرِيحَ يَلَحَقُ الْمُرْتَدَّةَ فِي عِدَّتِهَا وَإِنْ كَانَتْ فُرْقَتُهَا فَسْخاً؛ لِأَنَّ الْحَرَمَةَ بِالرَّدَّةِ غَيْرُ مُتَابِلَةٍ لَارْتِفَاعِهَا بِالْإِسْلَامِ، فَيَقَعُ طَلَاقُهَا عَلَيْهَا فِي الْعِدَّةِ مُسْتَبِيعاً فَالْتَدَّةُ مِنْ حَرَمَتِهَا عَلَيْهِ بَعْدَ الثَّلَاثِ حَرَمَةٌ مُعْيَاةٌ بِوُطْءِ زَوْجٍ آخَرَ، كَذَا فِي "الْفَتْحِ" ^(٦)، وَاعْتَرَضَهُ فِي "النَّهْرِ" ^(٧): ((بَأَنَّهُ يَفْتَضِي قَصْرَ عَدَمِ الْوُقُوعِ فِي الْعِدَّةِ عَلَى مَا إِذَا كَانَتِ الْفُرْقَةُ بِمَا يُوجِبُ حَرَمَةً

(قوله: وما ذكره "الشَّارَحُ" نَقْلَهُ فِي "الْبَحْرِ" [إِلْح] عِبَارَتُهُ: ((وَفِي "الْفَتْحِ": وَهَلْ يَقَعُ الطَّلَاقُ فِي الْعِدَّةِ إِذَا كَانَتْ هَذِهِ الْفُرْقَةُ بَعْدَ الدُّخُولِ أَوْ لَا؟ لِكُلِّ وَجْهٍ، وَالْأَوْجُهُ الْوُقُوعُ)) اهـ. وَالظَّاهِرُ عَدَمُ الْوُقُوعِ؛ لِمَا فِي "النِّهَايَةِ" مَعْرَباً إِلَى "الْمِخِيطِ": ((الْأَصْلُ أَنَّ الْمُعْتَدَّةَ بَعْدَهُ الطَّلَاقَ يَلَحَقُهَا طَلَاقٌ آخَرُ فِي الْعِدَّةِ، وَالْمُعْتَدَّةُ بَعْدَهُ الْفَسْخُ لَا يَلَحَقُهَا طَلَاقٌ آخَرُ فِي الْعِدَّةِ))، وَذَكَرَ فِي خُصُوصِ مَسْأَلَتِنَا: ((أَنَّهُ لَا يَقَعُ)) اهـ. وَقَالَ فِي "النَّهْرِ": ((أَقُولُ: هَذَا الْأَصْلُ مَنْقُوضٌ بِمَا إِذَا أَبَتْ عَنِ الْإِسْلَامِ وَفُرِّقَ بَيْنَهُمَا ثُمَّ طَلَّقَهَا فِي الْعِدَّةِ وَقَعَ مَعَ أَنَّهُ فَسَخَ، وَبِوُقُوعِ طَلَاقِ الْمُرْتَدِّ مَعَ أَنَّ الْفُرْقَةَ بَرَدَتْ فَسَخَ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهَا بَرَدَتْ فَسَخَ وَمَعَ هَذَا يَقَعُ طَلَاقُهَا عَلَيْهَا)).

(١) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٥٩/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٩/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٦/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٦/٣ بتصرف.

(٥) المقولة [١٣٥٣] قوله: ((وكل فرقة هي طلاق)).

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٦/٣.

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٢/أ.

[٣/٥٦ق/١] مُؤَيَّدَةٌ كالتَّقْيِيلِ والإِرْضَاعِ، وفيه مخالفة ظاهرة لظاهر كلامهم، عَرَفَ ذَلِكَ مَنْ تَصَفَّحَهُ)) اهـ، أي: لتصريحهم بعدم اللِّحَاقِ فِي عِدَّةِ خِيَارِ الْعَتَقِ، وَبِلَوْغِ، وَعَدَمِ الْكِفَاءِ، وَتَقْصَانِ الْمَهْرِ، وَالسَّبْيِ، وَالْمُهَاجَرَةِ، وَالْإِبَاءِ، وَالْإِرْتِدَادِ، وَيَمَكُنُ الْجَوَابُ عَنْ "الْفَتْحِ" ^(١) بِأَنَّ مَرَادَهُ بِالتَّأْيِيدِ مَا كَانَ مِنْ جِهَةِ الْفَسْخِ، وَذَكَرَ فِي أَوَّلِ طَلَاقِ "الْبَحْرِ" ^(٢): ((أَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَقَعُ فِي عِدَّةِ الْفَسْخِ إِلَّا فِي إِرْتِدَادِ أَحَدِهِمَا وَتَفْرِيقِ الْقَاضِي بَيَاءً أَحَدِهِمَا عَنِ الْإِسْلَامِ))، لَكِنَّ "الشَّارَحَ" قَبِيلَ بَابِ تَقْوِيضِ الطَّلَاقِ ^(٣) قَالَ تَبَعًا لـ "الْمَنْحِ" ^(٤): ((لَا يَلْحَقُ الطَّلَاقُ عِدَّةَ الرَّدِّ مَعَ اللَّحَاقِ))، فَيُقَيَّدُ كَلَامُ "الْبَحْرِ" هُنَا بِعَدَمِ اللَّحَاقِ كَمَا لَا يَخْفَى، وَقَدْ نَظَّمْتُ ذَلِكَ بِقَوْلِي: [رجز]

وَيَلْحَقُ الطَّلَاقُ فُرْقَةَ الطَّلَاقِ أَوْ الْإِبَاءَ أَوْ رَدِّهِ بِلَا لَحَاقٍ

قَالَ "ح" ^(٥): ((وَسَيَأْتِي هُنَاكَ أَيْضًا أَنَّ الْفُرْقَةَ بِالْإِسْلَامِ لَا يَلْحَقُ الطَّلَاقُ عِدَّتِهَا، فَتَأْمَلِ وَرَاجِعِ)) اهـ.

قُلْتُ: مَا ذَكَرَهُ آخِرًا قَالَ "الْخَيْرُ الرَّمْلِيُّ": ((إِنَّهُ فِي طَلَاقِ أَهْلِ الْحَرْبِ))، أَي: فِيمَا

(قَوْلُهُ: وَيُمْكِنُ الْجَوَابُ عَنْ "الْفَتْحِ" بِأَنَّ مَرَادَهُ بِالتَّأْيِيدِ إِيْلَاحَ) هَذَا الْجَوَابُ غَيْرُ نَافِعٍ، فَإِنَّهُ لَا شَكَّ فِي التَّأْيِيدِ مِنْ جِهَةِ الْفَسْخِ فِي الْفَرْقِ الْمَذْكُورَةِ، وَمَعَ ذَلِكَ يَقَعُ الطَّلَاقُ فِي عِدَّتِهَا، وَأَيْضًا إِنَّمَا عَبَّرَ فِي التَّعْلِيلِ بِأَنَّ الْحُرْمَةَ بِالرَّدِّ غَيْرُ مُتَابِدَةٍ، وَهَذَا هُوَ الْمَوْفَقُ لِنَظِيرِ "النَّهْرِ".

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٦/٣.

(٢) "البحر": ٢٥٥/٣ بتصرف.

(٣) انظر "الدر" عند المقولة [١٣٥٥ق] قوله: ((وردة مع لحاق)).

(٤) "المنح": كتاب الطلاق - باب في بيان أحكام الكنايات ١/١٤٢ق/١.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ١٥٩ق/ب.

وإن من قبيله فطلاقٌ إلا بملكٍ أو ردّة.....

لو هاجر أحدهما مسلماً؛ لأنه لا عدّة عليها، وسيأتي^(١) تمامه هناك وفي باب نكاح الكافر^(٢) إن شاء الله تعالى.

(١١٦٣٣) (قوله: وإن من قبيله فطلاق) فيه نظر، فإنه يقتضي أن يكون التّباين، والتّقييل، والسّي، والإسلام، وخيار البلوغ، والرّدّة، والملك طلاقاً وإن كانت من قبيله، وليس كذلك كما ستراه، واستثناؤه الملك والرّدّة وخيار العتق لا يُجدي نفعاً؛ لبقاء الأربعة الآخر، فالصواب أن يقال: وإن كانت الفرقة من قبيله ولا يمكن أن تكون من قبيلها فطلاق، كما أفاده شيخنا طيّب الله تعالى ثراه، وإليه أشار في "البحر"^(٣) حيث قال: ((وإنما عيّر بالفسخ ليفيد أن هذه الفرقة فسخ لا طلاق، فلا تنقص عدده؛ لأنه يصح من الأثنى ولا طلاقاً إليها)) اهـ.

ومثله في "الفتاوى الهندية"^(٤)، وعبارته: ((ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق؛ لأنها فرقة يشترك في سببها الرجل والمرأة^(٥)))، وحينئذ يقال في الأول: ثم إن كانت الفرقة من قبيلها لا بسبب منه، أو من قبيله ويمكن أن تكون منها ففسخ، فاشدّد يدك عليه، فإنه أجدى من تفاريق العصا. اهـ "ح"^(٦).

(قوله: أجدى من تفاريق العصا) مثل، قالوا: هو من قول "غنية" الأعرابية لابنهما: ((إنك أجدى من تفاريق العصا))، وإنما قالت ذلك؛ لأنه كان عارماً كثيراً الإساءة إلى الناس مع ضعف بدنه ودقة عظمه،

(١) المقولة [١٣٥٤٩] قوله: ((كإسلام)).

(٢) المقولة [١٢٥٩٠] قوله: ((طلاق ينقص العدد)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٩/٣.

(٤) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب الرابع في الأولياء ٢٨٦/١ نقلاً عن "السراج الوهاج".

(٥) في "م": ((المرأة والرجل)). وفي "ب": ((والمرأة الرجل))، وهو خطأ.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٦٠/ب.

أو خيار عتيق،.....

قلت: لكن يرد عليه إباء الزوج عن الإسلام، فإنه طلاق مع أنه يمكن أن يكون منها، وكذا اللعان، [٥٦٣/ب] فإنه من كل منهما وهو طلاق، وقد يجاب عن الأول بأنه على قول "أبي يوسف" أن الإباء فسخ ولو كان من الزوج، وعن الثاني بأن اللعان لمّا كان ابتداءً منه صار كأنه من قبله وحده، فليُتأمل.

[١١٦٣٤] (قوله: أو خيار عتيق) يقتضي أن للعبد خيار عتيق، وهو سهو منه، فإنما قدّمنا^(١) عن "البحر" و"فتح القدير": ((أن خيار العتيق يختص بالأثني))، وسيُصرّح^(٢) به "الشارح"

فَوَاتَبَ يَوْمًا فَتَى فَقَطَعَ الْفَتَى أَنْفَهُ فَأَخَذَتْ أُمُّهُ دِيَةً أَنْفِهِ فَحَسُنَتْ حَالُهَا بَعْدَ فَقْرِ مُنْذُئِ، ثُمَّ وَاتَبَ آخَرَ فَقَطَعَ أَذُنَهُ، ثُمَّ وَاتَبَ آخَرَ فَقَطَعَ شَفَتَهُ فَأَخَذَتْ دِيَتَهُمَا، فَلَمَّا رَأَتْ حُسْنَ حَالِهَا وَمَا صَارَ عِنْدَهَا مِنْ إِبِلٍ وَغَنَمٍ وَمَتَاعٍ حَسُنَ رَأْيُهَا فِيهِ وَمَدَحَتْهُ وَذَكَرَتْهُ فِي أَرْجَوزِهَا فَقَالَتْ: [الرجز]

أَقْسِمُ بِالْمَرْوَةِ حَقًّا وَالصِّفَا أَنْكَ أَجْدَى مِنْ تَفَارِيقِ الْعَصَا

وقيل لأعرابي: ما تفاريق العصا، قال: العصا تقطع ساجوراً، والسواجير تكون للكلاب والأسرى من الناس، ثم تقطع عصا الساجور فتصير أوتاداً، ويُفرّق الويد ثم تصير كل قطعة شيطاناً، فإذا جعل لرأس الشيطان كالفلكة صار عِرَاناً للبعاتي، ومهارة وهو: العود الذي يدخل في أنف البعثة، ثم إذا فرّق المهارة يؤخذ منها توادى وهي: الخشبة التي تصير بها الأخلاف، هذا إذا كانت عصاً، فإذا كانت العصا قنناً فكل شيق منها قوسٌ بُدق، فإن فرقت الشقة صارت سيهاماً، ثم إذا فرقت السهاً صارت حِظاءً، ثم صارت مغارل، ثم يشتعب به الشعب أقداحه المصدوعة وقصاعه المشقوقة على أنه لا يجد لها أصلح منها وأليق بها، ويضرب فيمن نفعه أعم من نفع غيره اهـ. من "القاموس" و"شرحه".

(قوله: وقد يجاب عن الأول بأنه على قول "أبي يوسف" أن الإباء فسخ إلخ) نعم هو غير وارد على قوله، لكنه وارد على قول من يقول: إنه فسخ.

(١) المقلوة [١١٦٢٤] قوله: ((ويغني عنه خيار العتيق))، لكن لم نجد نقل "البحر" و"الفتح" عنه.

(٢) "در" ص ٥٩٤.

وليس لنا فُرْقَةٌ منه، ولا مهرَ عليه إلا إذا اختارَ نفسه بخيارِ عتقٍ، وشَرِطَ للكلِّ القضاءَ..

في باب نكاح الرقيق حيث يقول: ((ولا يثبتُ لِعَلامٍ))، "ح" (١).

[١١٦٣٥] (قوله: وليس لنا فُرْقَةٌ منه) أي: قبل الدُخُول، "ح" (٢).

[١١٦٣٦] (قوله: إلا إذا اختارَ نفسه بخيارِ عتقٍ) صوابه: بخيارِ بلوغٍ، ويدلُّ عليه قولُ "البحر" (٣): ((وليس لنا فُرْقَةٌ جاءت من قِبَلِ الزَّوْجِ قبل الدُخُول، ولا مهرَ عليه إلا هذه))، فإنه راجعٌ إلى خيارِ البلوغ؛ لأنَّ كلامَهُ فيه لا في خيارِ العتق كما تعلمُهُ بمراجعتِهِ، ثم قال: ((وهذا الحصرُ غيرُ صحيحٍ؛ لما في "الذخيرة" قبيل كتاب النفقات: حرُّ تزوُّجِ مُكاتبَةٍ بإذنِ سيِّدِها على جاريةٍ بعينِها، فلم تقبضِ المكاتبةُ الجاريةَ حتَّى زَوَّجَتْها مِن زوجها على مائةِ درهمٍ جاز النكاحان، فإن طُلِّقَ الزَّوْجُ المكاتبةَ أولاً ثُمَّ طُلِّقَ الأُمَةُ وَقَعَ الطَّلَاقُ على المكاتبةِ، ولا يقعُ على الأُمَةِ؛ لأنَّ بَطْلانَ المكاتبةِ (٤) تنصِّفُ الأُمَةُ، وعاد نصفُها إلى الزَّوْجِ بنفسِ الطَّلَاقِ، فيفسدُ نكاحُ الأُمَةِ قبل وُرُودِ الطَّلَاقِ عليها، فلم يَعْمَلْ طلاقُها، وَيَبْطُلُ مهرُ الأُمَةِ عن الزَّوْجِ مع أنها فُرْقَةٌ جاءت من قِبَلِ الزَّوْجِ قبل الدُخُول بها؛ لأنَّ الفُرْقَةَ إذا كانت من قِبَلِ الزَّوْجِ إنما لا تُسْقِطُ كلَّ المهر إذا كانت طلاقاً، وأمَّا إذا كانت من قبْلِهِ قبل الدُخُول وكانت فسخاً من كلِّ وجهٍ توجبُ سقوطَ كلِّ الصَّدَاقِ كالصَّغِيرِ إذا بَلَغَ، وأيضاً لو اشترى منكوحته قبل الدُخُول بها فإنه يسقطُ كلُّ الصَّدَاقِ مع أنَّ الفُرْقَةَ جاءت من قبْلِهِ؛ لأنَّ فسادَ النكاحِ حكمٌ مُعلَّقٌ بالملك، وكلُّ حكمٍ تعلَّقَ بالملك فإنه يُحالُ به على قبولِ المشتري لا على إيجابِ البائع، وإنما سقطَ كلُّ الصَّدَاقِ؛ لأنَّه فسَخٌ من كلِّ وجهٍ. اهـ بلفظه.

(١) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٦٠/أ.

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٦٠/أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٠/٣.

(٤) من ((أولاً)) إلى ((المكاتبة)) ساقط من "أ".

إِلَّا ثَمَانِيَّةً، وَنَظَّمَ صَاحِبُ "النَّهْرِ"^(١) فَقَالَ^(٢): [بسيط].....

وَيَرِدُ عَلَى صَاحِبِ "الدَّخِيرَةِ": إِذَا ارْتَدَّ الزَّوْجُ قَبْلَ الدَّخُولِ فَإِنَّهَا فُرْقَةٌ هِيَ فَسْخٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، مَعَ أَنَّهُ لَمْ يَسْقُطْ كُلُّ الْمَهْرِ، بَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ نَصْفُهُ، فَالْحَقُّ أَنَّ لَا يُجْعَلُ لِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ضَابِطٌ، بَلْ يُحْكَمُ فِي كُلِّ فَرْدٍ بِمَا أَفَادَهُ الدَّلِيلُ)) اهـ كلامُ "البحر".

قال في "النَّهْرِ"^(٣): ((أقول: في [٣/٥٧ق/١] دعوى كون الفرقة من قبيله فيما إذا ملكها أو بعضها نظراً، ففي "البدائع"^(٤): الفرقة الواقعة بملكه إياها أو شقها منها فرقة بغير طلاق؛ لأنها فرقة حصلت بسبب لا من قبل الزوج، فلا يمكن أن تجعل طلاقاً، فتجعل فسخاً اهـ. وسيأتي إيضاحه في محله)) اهـ كلامُ "النَّهْرِ"، "ح"^(٥).

(١١٢٣٧) (قوله: إِلَّا ثَمَانِيَّةً) لأنها تبتني^(٦) على سبب جلي، بخلاف غيرها فإنه يبتني على سبب خفي؛ لأنَّ الكفاءة شيء لا يعرف بالحس، وأسبابها مختلفة، وكذا بنقصان مهر المثل، وخيار البلوغ مبني على قصور الشفقة، وهو أمر باطني، والإباء ربما يوجد وربما لا يوجد^(٧)، كذا في "البحر"^(٨)، "ح"^(٩).

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب في الأولياء والأكفاء ق ١٧٢/ب بتصرف.

(٢) في "د" زيادة: ((قوله: ونظمه في "النهر" فقال، ثم قال بعده: إنما لم أذكر خيار المخيرة، والأمر باليد، والخنوع؛ لأنها من الكنايات، وإذا كان الأمر باليد والتخير من كنايات التفويض فالكلام في الفرقة التي ليست بصريح ولا كناية.

والضابط: أنَّ كلَّ فرقة جاءت من قبل المرأة لا بسبب من الزوج فهي فسخ كخيار العتق والبلوغ، وكل فرقة جاءت من قبل الزوج فهي طلاق كالإبلاء والحب والغنة، وإنما كانت ردته فسخاً مع أنها من قبله. لأنَّ بها يتفي الملك فيتفي الحل، والفرقة إنما جاءت بالتناهي لا بوجود المباشرة من الزوج، وإنما شرط القضاء في الفرقة بالحب وما عطف عليه؛ لأنَّ في أصلها ضعفاً فيتوقف عليه كالرجوع في الهبة، انتهى)). ق ١٥٧/أ.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٢/أ.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يرفع حكم النكاح ٣٣٩/٢ بتصرف.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٦٠/أ.

(٦) عبارة "ح": ((لا تبتني)).

(٧) ((وربما لا يوجد)) ليس في عبارة "ح".

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٠/٣.

(٩) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٦١/أ.

فُرِّقَ النِّكَاحُ أَتَتْكَ جَمْعًا نَافِعًا فُسِّخَ طَلاَقٌ وَهَذَا الدُّرُّ يَحْكِيهَا
تَبَايُنُ الدَّارِ مَعَ نَقْصَانِ مَهْرٍ.....

مطلب في فُرْقِ النِّكَاحِ

[١١٦٣٨] (قوله: فُرِّقَ النِّكَاحُ) هذا الشَّطْرُ الأوَّلُ من بحر الكامل، وما عده من البسيط، وهو لا يجوز، وقد غيَّرتُه إلى قولِي: إِنَّ النِّكَاحَ لَهُ فِي قَوْلِهِمْ فُرْقٌ، "ح" (١).
[١١٦٣٩] (قوله: فُسِّخَ طَلاَقٌ) بدلٌ من ((فُرْقٌ)) بدلٌ مُفَصَّلٌ، والخبرُ قوله: ((أَتَتْكَ))، أو خبرٌ بعد خبرٍ، "ط" (٢).

[١١٦٤٠] (قوله: وهذا الدُّرُّ) اسمُ الإشارةُ مبتدأ، و((الدُّرُّ)) بدلٌ منه أو عطفٌ بيان، والمراد به النَّظْمُ المذكورُ، شَبَّهَ بالدُّرِّ لِنَفَاسَتِهِ، وَجَمَلُهُ ((يَحْكِيهَا)) - أي: يَذْكُرُهَا - خبرٌ.
[١١٦٤١] (قوله: تَبَايُنُ الدَّارِ) حقيقةٌ وحكمًا، كما إذا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ الحَرِيَيْنِ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ غَيْرَ مُسْتَأْمِنٍ، بَأَنَ خَرَجَ إِلَيْنَا مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا، أَوْ أَسْلَمَ، أَوْ صَارَ ذِمَّةً فِي دَارِنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا خَرَجَ مُسْتَأْمِنًا لَتَبَايُنِ الدَّارِ حَقِيقَةً فَقَطْ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ حَرَبِيَّةً ثَمَّةً لَتَبَايُنِ الدَّارِ حَكْمًا فَقَطْ، "ح" (٣) بزيادةٍ.

[١١٦٤٢] (قوله: مَعَ نَقْصَانِ مَهْرٍ) بتسكينِ عَيْنِ ((مَعَ)) وهو لغةٌ، وكسرِ رَاءِ ((مَهْرٍ)) بلا تنوينٍ لِلضَّرُورَةِ (٤)، يعني: إِذَا نَكَحَتْ بِأَقْلٍ مِنْ مَهْرِهَا وَفَرَّقَ الْوَلِيُّ بَيْنَهُمَا فَهِيَ فُسِّخَتْ، لَكِنْ إِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَا مَهْرَ لَهَا، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ فَلَهَا الْمُسَمَّى كَمَا يَأْتِي، "ط" (٥).

(١) "ح": كتاب النِّكَاح - باب الولي ق ١٦٠/ب بتصرف.

(٢) "ط": كتاب النِّكَاح - باب الولي ٣٦/٢.

(٣) "ح": كتاب النِّكَاح - باب الولي ق ١٦٠/ب.

(٤) نقول: لا مانع من تنوينه، والله أعلم.

(٥) "ط": كتاب النِّكَاح - باب الولي ٣٦/٢ بتصرف.

..... كذا
تقبيل سبِّي وإسلام المحارب ...
فساد عَقْدٍ وفَقْدُ الكَفِّ^(١) يَنْعِيها
.....

[١١٦٤٣] (قوله: كذا فساد عَقْدٍ) كأنْ نَكَحَ أَمَةً عَلَى حُرَّةٍ، "ط"^(٢). أو تزوّجَ بغيرِ شهودٍ.
[١١٦٤٤] (قوله: وفَقْدُ الكَفِّ) أي: إذا نَكَحْتَ غَيْرَ الكَفِّ فَلِلْأَوْلِيَاءِ حَقُّ الفسخِ، وهذا على ظاهرِ الرواية، أمّا على روايةِ "الحسن" فالعَقْدُ فاسدٌ، "ط"^(٣). وتقدّم^(٤) أنّها المفتى بها.
[١١٦٤٥] (قوله: يَنْعِيها) النَّعْيُ هو الإخبارُ بالموتِ، وهو تكملةٌ أشار به إلى أنّ من نَكَحْتَ غَيْرَ كَفِّ فكَانَها ماتت، "ط"^(٥).
[١١٦٤٦] (قوله: تقبيلُ) بالرفعِ من غيرِ تنوينٍ للضرورة، أي: فعَلُهُ ما يُوجِبُ حُرْمَةَ [١١٦٤٧/ب/٥٧ق/٣] المصاهرةِ بفروعها الإناثُ وأصولها، أو فعَلُها ذلك بفروعِهِ الذُّكُورِ وأصولِهِ، "ط"^(٦).

[١١٦٤٧] (قوله: سبِّي) فيه نظرٌ؛ لِمَا في باب نكاح الكافر: ((والمراةُ تَبَيَّنُ بتبائينِ الدَّارينِ لا بالسَّبِّي))، ولِئِنْ كان المرادُ السَّبِّيَ مع التَّبَائِينِ فَالتَّبَائِينُ مُغْنٍ عَنْهُ، "ح"^(٧).
[١١٦٤٨] (قوله: وإسلامُ المحاربِ) أي: لو أسْلَمَ أَحَدُ الْمُجُوسِيِّينَ فِي دارِ الحَرْبِ بَاتَتْ مِنْهُ بِمَضِيٍّ ثَلَاثَ حَيَضٍ أو ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ قَبْلَ إِسْلَامِ الْآخَرِ إقامةً لَشَرْطِ الْفِرْقَةِ - وهو مُضَيُّ الْحَيْضِ أو الأشهرِ - مُقَامَ السَّبَبِ وهو الإِبَاءُ؛ لِتَعَذُّرِ الْعَرَضِ بِانعدامِ الْوَلَايَةِ، فيضَيِّرُ مَضِيُّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ تَفْرِيقِ

(١) في "د" زيادة: ((قوله: وفقد الكف يعيها، أقول: يعني على قول مَنْ قال بصحة العقد، وأما على قول مَنْ يقول بطلانه، وهو الصحيح فلا يحتاج إلى حكم الفرقة. حموي)). ق ١٥٧/أ.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٦/٢.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٦/٢.

(٤) المقولة [١١٥٠٢] قوله: ((وهو المختار للفتوى)).

(٥) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٦/٢.

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٦/٢.

(٧) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٦٠/ب.

إرضاعُ ضَرَّتْهَا قد عُدَّ ذا فيها أو.....
 خيارُ عَتَقٍ بِلَوْغٍ رِدَّةً وكذا مِلْكٌ لبعضٍ

القاضي، وهذه الفرقة طلاقٌ عندهما فسخٌ عند "أبي يوسف"، قال في "البحر"^(١) في باب نكاح الكافر: ((ينبغي أن يقال: إنها طلاقٌ في إسلامها - لأنه هو الآبي حكماً - فسخٌ في إسلامه)).

[١١٦٤٩] (قوله: أو إرضاعُ ضَرَّتْهَا) أي: إذا أرضعتِ الكبيرةُ ضَرَّتْهَا الصَّغِيرَةَ في أثناءِ الحولينِ يَنْفَسَخُ النِّكَاحُ كما يأتي^(٢) في باب الرِّضَاعِ؛ لكونِهِ يصيرُ جامعاً بين الأمِّ وبناتها، "ط"^(٣). والضَّرَّةُ غيرُ قَيْدٍ، فإنَّ منه ما مثَّلَ به في "البدائع"^(٤): ((لو أرضعتِ الصَّغِيرَةَ أُمُّ زَوْجِهَا، أو أرضعتِ زوجتيه الصَّغِيرَتَيْنِ امرأةً أجنبيَّةً)).

[١١٦٥٠] (قوله: خيارُ عَتَقٍ) قد علَّمتُ أنه لا يكون إلا من جهتها بخلاف ما بعده،

"ح"^(٥).

[١١٦٥١] (قوله: بِلَوْغٍ بالجرِّ عطفاً على ((عَتَقٍ)) بإسقاطِ العاطف، "ط"^(٦).

[١١٦٥٢] (قوله: رِدَّةً بالرَّفْعِ عطفاً على ((تَبَايُنٍ)) بحذفِ العاطف، "ط"^(٧). والمرادُ

رِدَّةً أحدهما فقط، بخلاف ما لو ارتدَّا معاً فإنَّهما لو أسلَمَا معاً يبقى النِّكَاحُ.

[١١٦٥٣] (قوله: مِلْكٌ لبعضٍ) أفادَ أَنَّ مِلْكَ الكلِّ كذلك بدلالةِ الأولى، "ح"^(٨).

(١) "البحر": كتاب النكاح ٢٢٨/٣ بتصرف.

(٢) المقولة [١٢٨٥٦] قوله: ((ضررتها الصغيرة)).

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٦/٢ بتصرف.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يرفع حكم النكاح ٣٤٠/٢ بتصرف.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٦٠/ب.

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٦/٢.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٦/٢.

(٨) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٦٠/ب بتصرف يسير.

..... وتلك الفسخ يُحصيها
 أمّا الطلاقُ فحبُّ عنةٌ وكذا
 قضاءُ قاضٍ أتى شرطَ الجميعِ
 وإلاؤه ولعانٌ ذاك يتلوها

[١١٦٥٤] (قوله: وتلك الفسخ يُحصيها) أي: يجمعها ويتحقق في كل منها، والإشارة إلى
 الاثني عشر المتقدمّة، وقد علمت سقوط السّي، وكان ينبغي أن يذكر بدله ما في "البدائع"^(١):
 ((تزوج مسلمٌ كاتبةً يهوديّةً أو نصرانيّةً فمَحَسَتْ تَبَتُ الفرقةُ بينهما؛ لأنَّ الموسيّة لا تصلحُ
 لنكاح المسلم، ثم لو كانت قبل الدخول فلا مهر لها ولا نفقة؛ لأنّها فرقةٌ بغير طلاقٍ، فكانت
 فسخاً، ولو بعد الدخول فلها المهر دون النفقة؛ لأنّها جاءت من قبلها)) اهـ.

وقد غيّرتُ البيتَ^(٢) الذي قبل هذا، وأسقطتُ منه السّي، وزدْتُ هذه المسألة فقلت: [بسيط]
 إرضاعُ إسلامٍ حرٍّ تمحُّسٌ نصٌّ
 رائيّةٌ قبله قد عدُّ ذا فيها

وقد علمتُ أنّ كونَ إسلامٍ [١/٥٨٣/٣] الحربيّ فسخاً مفرّغٌ على قول "الثاني" أو على
 ما بحثه في "البحر"^(٣).

[١١٦٥٥] (قوله: أمّا الطلاقُ إلخ) أي: أمّا الفرقةُ السّي هي طلاقٌ فهي الفرقةُ بالحبِّ
 والعنة والإيلاء واللّعان، وبقي خامسٌ ذكره في "الفتح"^(٤)، وهو إباءُ الزّوج عن الإسلام،
 أي: لو أسلمتُ زوجةُ الذّمّي وأبى عن الإسلام فإنه طلاقٌ بخلاف عكسه، فإنّها لو أبّت
 يبقى النّكاح. وقد غيّرتُ البيتَ إلى قولي: [بسيط]

أمّا الطلاقُ فحبُّ عنةٌ وإباً
 الزّوجُ إيلؤه واللّعنُ يتلوها

(١) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يرفع حكم النكاح ٣٣٨/٢.

(٢) في "ب": ((لبليت))، وهو خطأ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٨/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٦/٣.

.....خلا
 مَلِكٌ وَعَتَقٌ وَإِسْلَامٌ أَتَى فِيهَا
 تَقْبِيلُ سَبْيٍ مَعَ الْإِبْلَاءِ يَا أَمَلِي
 تَبَايُنٌ مَعَ فُسَادِ الْعَقْدِ يُدْنِيهَا
 (وَبَطَلَ خِيَارُ الْبَكْرِ بِالسُّكُوتِ) لَوْ مَخْتَارَةً.....

وكذا إسلام أحد الحريين فرقة بطلاق على قولهما، لكن لما مشى على كونه فسخاً لم نذكره.

(تتمّة)

قدّمنا^(١) عن "الفتح": ((أَنَّ كُلَّ فُرْقَةٍ بِطُلَاقٍ يَلْحَقُ الطَّلَاقُ عِدَّتُهَا إِلَّا اللَّعَانَ؛ لِأَنَّهُ حَرَمَةٌ مُؤَبَّدَةٌ)).

[١١٦٥٦] (قوله: خلا مَلِكٌ إلخ) أرادَ بِالْمَلِكِ مَلِكٌ أَحَدُهُمَا لِلْآخِرِ أَوْ لِبَعْضِهِ، وَبِالْعَتَقِ خِيَارَ الْأَمَةِ إِذَا أَعْتَقَهَا مَوْلَاهَا بَعْدَمَا زَوَّجَهَا بِخِلَافِ الْعَبْدِ، وَبِالْإِسْلَامِ إِسْلَامَ أَحَدِ الْحَرِيِّينَ، وَبِالتَّقْبِيلِ فَعْلٌ مَا يُوجِبُ حَرَمَةَ الْمَصَاهِرَةِ، فَإِنَّهُ لَا يَرْتَفِعُ النِّكَاحُ بِمَحَرِّدِ ذَلِكَ، بَلْ بَعْدَ الْمَتَارَكَةِ أَوْ تَفْرِيقِ الْقَاضِي كَمَا مَرَّ^(٢) فِي الْمَحَرَّمَاتِ، فَلَمْ يَتَّعِنِ التَّفْرِيقُ، وَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّ ذِكْرَ السَّبْيِ لَا مَحْلٌ لَهُ. وَحَاصِلُ مَا ذَكَرَهُ مَّا لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَضَاءِ ثَمَانِيَّةً، وَيَرِدُ عَلَيْهِ الْفُرْقَةُ بِالرَّدَّةِ، فَسَيَأْتِي^(٣) أَنَّ ارْتِدَادَ أَحَدِهِمَا فَسَخَ فِي الْحَالِ. وَقَدْ غَيَّرْتُ الْبَيْتَ الْآخِرَ إِلَى قَوْلِي: [بَسِيطُ] إِبْلَاؤُهُ رَدَّةً أَيْضاً مُصَاهَرَةً تَبَايُنٌ مَعَ فُسَادِ الْعَقْدِ يُدْنِيهَا

[١١٦٥٧] (قوله: وبطل خیار البكر) أي: مَنْ بَلَغَتْ وَهِيَ بِكَرٍّ.

[١١٦٥٨] (قوله: لو مختارة) أمّا لو بَلَغَهَا الْخَيْرُ فَأَخَذَهَا الْعَطَاسُ أَوْ السُّعَالُ، فَلَمَّا ذَهَبَ عَنْهَا قَالَتْ: لَا أَرْضِي جَارَ الرُّدِّ إِذَا قَالَتْهُ مُتَّصِلاً، وَكَذَا إِذَا أَخَذَ فَمَهَا فَتَرَكَ فَقَالَتْ: لَا أَرْضِي جَارَ الرُّدِّ، "ط"^(٤) عَنْ "الهندية"^(٥).

(١) المقولة [١١٦٣١] قوله: ((ولا يلحقها طلاق)).

(٢) المقولة [١١٣٣٢] قوله: ((إلا بعد المتاركة)).

(٣) "در" ص ٦٤٤-٦٤٥.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٦/٢.

(٥) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب الرابع في الأولياء ٢٨٨/١.

(عالمة ب) أصل (النكاح) فلو سألت عن قَدْرِ المهرِ قبل الخلوة أو عن الزَّوجِ، أو سَلَّمْتَ على الشُّهُودِ لم يَطلُ خيارُها، "نهر" بحثاً^(١).....

[١١٦٥٩] (قوله: عالمة بأصل النكاح) فلا يُشترطُ علْمُها بَثْبُوتِ الخيارِ لها، أو أَنَّهُ لا يَمْتَدُّ إلى آخرِ المجلس كما في "شرح المتنقي"^(٢)، وفي "جامع الفصولين"^(٣): ((لو بَلَّغَتْ وقالت: الحمد لله، اخترت نفسي فهي على خيارها، وينبغي أن تقول في فور البلوغ: اخترت نفسي ونقضت النكاح، فبعده لا يَطلُ حقُّها بالتأخير حتى يوجد التمكن)) اهـ.

[١١٦٦٠] (قوله: فلو سألت إلخ) لا محلُّ لهذا التفریع، بل المقام مقام الاستدراك؛ لأنَّ بطلان الخيار بعلمها بأصل النكاح يقتضي بطلانه بالأولى في هذه المسائل المذكورة لا عدم بطلانه؛ لأنها إنما تكون بعد العلم بأصل النكاح، ولو فرض وجودها قبله لم يحصل [٣/٥٨ق/ب] نزاع في عدم بطلان الخيار بها مع أنَّ النزاع قائم كما تراه^(٤) قريباً.

[١١٦٦١] (قوله: "نهر" بحثاً) أي: على خلاف ما هو المنقول في "الزليعي"^(٥) و"الحيط"^(٦)

(قوله: لا محلُّ لهذا التفریع إلخ) قد يوجه التفریع بأنَّ قوله: ((وبطل إلخ)) يفيد أَنَّهُ لا يَطلُ في هذه المسائل؛ لأنَّهُ لم يوجد منها السكوت، ولا ما يدلُّ على الرضا بعد علمها بأصل النكاح، نظير ما لو قالت: الحمد لله اخترت نفسي.

(١) في "د" زيادة: ((قوله: نهر بحثاً، تبع في "النهر" صاحب "الفتح" في ذلك، وما كان ينبغي للشارح الاقتصار عليه؛ لإيهامه أنَّ المسألة لم تذكر في كتب أصحابنا فيكون البحث مقبولاً، وليس كذلك؛ لأن الزليعي نقل بطلان الخيار في ذلك، ومثله في "التاترخانية" عن "الحيط"، وكذا في "الذخيرة" فكان بحثاً مخالفاً للمنقول. تأمل)). ق ١٥٧/أ.

(٢) "الدر المنقي": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ٣٣٦/١ (هامش "جميع الأنهر").

(٣) "جامع الفصولين": الفصل الخامس والعشرون في الخيارات ٣٢٨/١ بتصرف.

(٤) في المقرة الآتية.

(٥) "تبين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٢٥/٢.

(٦) "الحيط البرهاني": كتاب النكاح - الفصل التاسع في معرفة الأولياء ١/١٩٥/ب.

و"الذخيرة"، وأصل البحث للمحقق "ابن الهمام"، حيث قال^(١): ((وما قيل: لو سألت عن اسم الزَّوجِ أو عن المهر، أو سَلَّمْتُ على الشُّهُودِ بَطْلَ خِيَارِهَا تَعَسَّفْتُ لَدَلِيلٍ عَلَيْهِ، وَغَايَةُ الْأَمْرِ كَوْنُ هَذِهِ الْحَالَةِ كَحَالَةِ ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ، وَلَوْ سَأَلْتُ الْبِكْرُ عَنْ اسْمِ الزَّوْجِ لَا يَنْفُذُ عَلَيْهَا، وَكَذَا عَنِ الْمَهْرِ، وَكَذَا السَّلَامُ عَلَى الْقَادِمِ لَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَاءِ، كَيْفَ وَإِنَّمَا أُرْسَلْتُ لِعَرَضِ الْإِشْهَادِ عَلَى الْقَسْخِ؟!)) اهـ ملخصاً.

ونازعته في "البحر"^(٢) في السَّلَام: ((بَأَنَّ خِيَارَ الْبِكْرِ يَطْلُبُ بِمَجَرَّدِ السُّكُوتِ، وَلَا شَكَّ أَنَّ الاشتغال بالسَّلَامِ فوق السُّكُوتِ))، قال في "النَّهْر"^(٣): ((وأقول: ممنوع، فقد نقلوا في الشُّفْعَةِ أَنَّ سَلَامَهُ عَلَى الْمُشْتَرِي لَا يُبْطِلُهَا؛ لِأَنَّهُ ﷺ قَالَ: «السَّلَامُ قَبْلَ الْكَلَامِ»))^(٤)، وَلَا شَكَّ أَنَّ طَلَبَ الْمُوَاتَّئَةِ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْبَيْعِ يَطْلُبُ بِالسُّكُوتِ كَخِيَارِ الْبُلُوغِ، وَلَوْ كَانَ السَّلَامُ^(٥) فَوْقَهُ لَبَطَلَتْ، وَقَالُوا: لَوْ قَالَ: مَنْ اشْتَرَاهَا؟ وَبِكَمْ اشْتَرَاهَا؟ لَا تَبْطُلُ شَفْعَتُهُ كَمَا فِي "الْبِرَازِيَّةِ"^(٦)، وَهَذَا يُؤَيِّدُ مَا فِي "فَتْحِ الْقَدِيرِ"^(٧)، نَعَمْ مَا وَجَّهَ بِهِ فِي الْمَهْرِ إِنَّمَا يَتِمُّ إِذَا لَمْ يَحُلْ بِهَا، أَمَّا إِذَا خَلَا بِهَا خُلُوعٌ صَحِيحَةٌ

(١) مُؤَيِّدٌ فِي "الْفَتْحِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأُولَيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١٧٩/٣ بِتَصْرِفٍ.

(٢) "البحر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأُولَيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١٣١/٣.

(٣) "النهر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأُولَيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ق ١٧٢/ب.

(٤) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ (٢٦٩٩) كِتَابُ الْإِسْتِزْدَانِ - بَابُ مَا جَاءَ فِي السَّلَامِ قَبْلَ الْكَلَامِ، وَقَالَ: ((هَذَا حَدِيثٌ مُنْكَرٌ لَا نَعْرِفُهُ إِلَّا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ، وَفِي إِسْنَادِهِ عَنَسَةُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَمُحَمَّدُ بْنُ زَاذَانَ وَسَمِعْتُ مُحَمَّدًا - يَعْنِي الْبُخَارِيَّ - يَقُولُ: عَنَسَةُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ضَعِيفٌ فِي الْحَدِيثِ ذَاهِبٌ، وَمُحَمَّدُ بْنُ زَاذَانَ مُنْكَرٌ الْحَدِيثِ)). وَأَبُو يَعْلَى فِي "مُسْنَدِهِ" (٢٠٥٩)، وَالشَّهَابُ فِي "مُسْنَدِهِ" ٥٦/١، وَالدَّبْلِيُّ فِي "الْفَرْدُوسِ" ٣٤٠/٢، وَالنَّوَارِيُّ فِي "فَيْضِ الْقَدِيرِ" ١٤٩/٤ - ١٥٠. وَقَالَ: حَكَمَ بَوْضَعُهُ ابْنُ الْجَوْزِيِّ، وَأَقْرَبُهُ عَلَيْهِ ابْنُ حَجَرٍ، وَمَنْ الْعَجَبُ أَنَّهُ وَرَدَ بِسَنَدٍ حَسَنٍ رَوَاهُ ابْنُ عَبْدِ فِي "كَامِلِهِ" مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ بِاللَّفْظِ الْمَذْكُورِ، وَقَالَ الْخَافِضُ ابْنُ حَجَرٍ: هَذَا إِسْنَادٌ لَا بَأْسَ بِهِ، وَأَوْرَدَهُ النَّوَوِيُّ فِي "الْأَذْكَارِ" ٣١٦. وَقَالَ: هَذَا حَدِيثٌ ضَعِيفٌ، وَيَشْهَدُ لَهُ حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ عِنْدَ أَبِي نَعِيمٍ فِي "الْحَلِيَّةِ" ١٩٩/٨: ((مَنْ بَدَأَ الْكَلَامَ قَبْلَ السَّلَامِ فَلَا تَجْبِيه)).

(٥) لَفْظَةُ ((السَّلَام)) لَيْسَتْ فِي "النَّهْرِ".

(٦) "البرازية": كِتَابُ الشُّفْعَةِ - الْفَصْلُ الثَّلَاثُ فِي الطَّلَبِ ١٦٣/٦ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْمُنْدِيَّة").

(٧) "الفتح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأُولَيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١٧٩/٣.

(ولا يَمْتَدُّ إلى آخرِ المجلس).....

فالوقوفُ على كميَّته اشتغالٌ بما لا يُقيدُ لوجوبه بها، فإطلاقُ عدمِ سقوطِهِ مما لا ينبغي)) اهـ
كلامُ "النَّهر". وعن هذا الأخيرِ قال "الشَّارحُ": ((قيلَ الخلوة)).

والحاصلُ: أنَّ المتقولَ في هذه المسائلِ الثلاثِ بطلانُ الخيارِ، وَبَحَثَ في "الفتح" ^(١) عدمَهُ فيها، ونازَعَهُ في "البحر" في مسألةِ السَّلامِ فقط، وانتَصَرَ في "النَّهر" لـ "الفتح" في الكلِّ، وكذا المحقِّقُ "المقدسيُّ" و"الشَّرنبلاليُّ" ^(٢)، وكانَ أصلُ الحكمِ مذكورٌ بطريقِ التَّخريجِ والاستنباطِ من بعضِ مشايخِ المذهبِ، فنازَعَهُم في "الفتح" ^(٣) في صحَّةِ هذا التَّخريجِ، فإنَّه وإنَّ كانَ من أهلِ التَّرجيحِ - كما ذكرَهُ في قضاءِ "البحر" ^(٤)، بل بَلَغَ رتبةَ الاجتهادِ كما ذكرَهُ "المقدسيُّ" في بابِ نكاحِ العبدِ - لكنَّهُ لا يُتَابَعُ فيما يُخالفُ المذهبَ، فلو كانَ هذا الحكمُ منقولاً عن أحدِ أئمَّتنا الثلاثةِ لَمَا ساغَ هؤلاءُ اتِّباعُ بَحْثِ المخالفِ لمَنقولِ المذهبِ، ومما يُؤيِّدُ أَنَّهُ قولُ لبعضِ المشايخِ - لا نصُّ مذهبيٍّ - قولُ "المحقِّقِ": ((وما قيلَ إلخ))، فافهم.

[١١٦٦٢] (قوله: ولا يَمْتَدُّ إلى آخرِ المجلس) أي: مجلسِ بُلُوغِها أو علمِها بالنِّكاحِ كما في "الفتح" ^(٥)، [٣/٥٩ق/١] أي: إذا بَلَغَتْ وهي عالِمةٌ بالنِّكاحِ، أو عَلِمَتْ به بعدَ بُلُوغِها فلا بدَّ من الفسخِ في حالِ البلوغِ أو العلمِ، فلو سَكَتَ - ولو قليلاً - بَطَلَ خيارُها ولو قبلَ تبدُّلِ المجلسِ.
[١١٦٦٣] (قوله: لأنَّه كالشُّفْعَةِ) أي: في أَنَّهُ يُشترَطُ لثبوتِها أَنْ يَطْلُبَها الشُّفْعُ قوَرٌ عليه.
في ظاهرِ الروايةِ، حتَّى لو سَكَتَ لحظةً أو تكَلَّمَ بكلامٍ لغوٍ بَطَلَتْ، وما صحَّحَهُ "الشَّارحُ"

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٩/٣.

(٢) "الشَّرنبلاليَّة": كتاب النكاح - باب الولي والكفاء ٣٣٧/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٩/٣.

(٤) "البحر": فصل في التقليد ٢٩٣/٦.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٨/٣.

لأنه كالشفعة، ولو اجتمعت معه تقول: أطلبُ الحقين، ثم تبدأ بخيار البلوغ؛
لأنه ذبيئي،

في بابها^(١): ((من أنها تمتد إلى آخر المجلس)) ضعيف كما سيأتي^(٢) إن شاء الله تعالى.

[١١٦٦٤] (قوله: ولو اجتمعت معه) أي: الشفعة مع خيار البلوغ، "ح"^(٣).

[١١٦٦٥] (قوله: ثم تبدأ بخيار البلوغ) هذا قول، وقيل: بالشفعة، وفي شفعة
"البرازية"^(٤): ((له حق خيار البلوغ والشفعة، فقال: طلبتها واخترت نفسي يطل المؤخر
ويثبت المقدّم؛ لأنه يمكنه أن يقول: طلبتهما، أو أجزّتهما، أو اخترتهما جميعاً: نفسي
والشفعة، قال القاضي "أبو جعفر": يُقدّم خيار البلوغ؛ لأنّ في خيار الشفعة ضرب سعة؛
لما مرّ^(٥) أنه لو قال: من اشتري؟ وبكم اشتري؟ لا تبطل، وقيل: يقول: طلبتُ الحقين
اللذين تبنا لي: الشفعة ورَدّ النكاح)) اهـ.

وتوقف "الخير الرملي"^(٦) في وجه التعيين، واستبعد الخلاف فيه؛ لأنّ الظاهر أنّ بعض المتقدمين
قال على سبيل التمثيل: طلبتهما نفسي والشفعة^(٧)، وبعضهم قال: الشفعة ونفسي، فظنّ بعض
المتأخرين أنّ ذلك حتم، وليس كذلك؛ لأنّ طلب الحقين جملة هو المانع من السقوط، فحيث ثبت
ذلك بالإجمال المتقدم لا يضر في البيان تقديم أحدهما على الآخر، بل لو قيل: لا حاجة إلى التفسير
لكان له وجه وجّه)) اهـ ملخصاً، فتأمل.

قلت: وأما الثيب فتبدأ بالشفعة بلا خلاف؛ لأنّ خيارها يمتد كما يأتي^(٨).

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٣١٦٣٧] قوله: ((هو الأصح)).

(٢) المقولة [٣١٦٣٩] قوله: ((خلافاً لما في "جواهر الفتاوى" إلخ)).

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٦٠/ب.

(٤) "البرازية": الفصل الثالث في الطلب ١٦٥/٦ هامش "الفتاوى الهندية".

(٥) المقولة [١١٦٦١] قوله: ((نهر "بناً").

(٦) ((والشفعة)) ساقطة من "الأصل".

(٧) "در" ص ٢٥٥-٢٥٦ وما بعدها.

وَتُشْهَدُ قَائِلَةً: بَلَغْتُ الْآنَ؛ ضَرُورَةُ إِحْيَاءِ الْحَقِّ.....

(قوله: وَتُشْهَدُ إلخ) قال في "البرازية"^(١): ((وإن أدركت بالحيض تختار عند رؤية الدَّم، ولو في الليل تختار في تلك الساعة، ثم تُشْهَدُ في الصُّبح وتقول: رأيت الدَّم الْآن؛ لأنها لو أسندت أفسدت، وليس هذا بكذب محض، بل من قبيل المعارض المُسوَّعة لإحياء الحق؛ لأنَّ الفعل الممتدَّ لدوامه حكمُ الابتداء، والضرورة داعية إلى هذا لا إلى غيره)) اهـ.

وحاصله: أنها تعني بقولها: بلغت الآن أنني الآن بالغة لئلا يكون كذباً صريحاً؛ لأنه حيث أمكن إحياء الحق بالتعريض- وهو أن يريد المتكلم ما هو خلاف [٣/٥٩ق/ب] المتبادر من كلامه- كان أولى من الكذب الصريح، فافهم. وفي "جامع الفصولين"^(٢): ((فإن قالوا: متى بلغت؟ تقول: كما بلغت نقضته لا تزيد على هذا، فإنها لو قالت: بلغت قبل هذا ونقضته حين بلغت لا تصدق، والإشهاد لا يشترط لاختيارها نفسها، لكن شرط لإثباته بيينة ليسقط اليمين عنها، وتحليفها على اختيارها نفسها كتحليف الشفيع على الشفعة، فإن قالت للقاضي: اخترت نفسي حين بلغت صدقت مع اليمين، ولو قالت: بلغت أمس وطلبت الفرق لا يقبل، وتحتاج إلى البينة، وكذا الشفيع لو قال: طلبت حين علمت فالقول له، ولو قال: علمت أمس وطلبت لا يقبل بلا بيينة)) اهـ.

قلت: وتحصل من مجموع ذلك أنها لو قالت: بلغت الآن وفسخت تصدق بلا بيينة

(قوله: والضرورة داعية إلى هذا لا إلى غيره، انتهى) وقال "الرحمي": ((وفي كلام "محمد" إشارة إلى أن لها أن تكذب إذا لم يمكن التعريض بأن لم تجد الشهود إلّا بعد انقطاع الدَّم)) اهـ.

(قوله: وتحصل من مجموع ذلك أنها لو قالت: بلغت الآن وفسخت تصدق إلخ) لم يستند مما نقله عن "الفصولين" أنه في هذه الصورة تصدق بلا يمين، نعم ذكر "السنيدي" عن "الفصولين": ((أنها لو قالت: بلغت الآن وفسخت صدقت بلا بيينة ولا يمين)) اهـ. فكان المناسب لـ "المحشي" نقل هذه الصورة أيضاً، ثم ذكر المتحصل من كلامه.

(١) "البرازية": كتاب النكاح - نوع في خيار البلوغ ١٢٥/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "جامع الفصولين": الفصل الخامس والعشرون ٣٢٨/١ بتصرف.

(وإن جَهِلَتْ به) لتفرغها للعلم (بخلاف) خيار (المعققة) فإنه يمتدُّ لشغلها بالمولى.....

ولا يمين، ولو قالت: فَسَحْتُ حين بَلَغْتُ تُصَدِّقُ باليِّنةِ أو اليمين، ولو قالت: بَلَغْتُ أَمْسٍ وَفَسَحْتُ فلا بدَّ من اليِّنة؛ لأنها لا تَمْلِكُ إنشاءَ الفسخ في الحال بخلاف الصُّورةِ الثَّانيةِ، حيث لم تُسَيِّدْهُ إلى الماضي، فقد حَكَتْ ما تَمْلِكُ استئنافه، فقد ظَهَرَ الفَرْقُ بين الصُّورتين وإن خَفِيَ على صاحب "الفصولين" ^(١) كما أفادَهُ في "نور العين" ^(٢).

[١١٦٦٧] (قوله: وإن جَهِلَتْ به) أي: بأنَّ لها خيارَ البلوغ أو بأنَّه لا يَمْتَدُّ، قال "القَهْستاني" ^(٣): ((وهذا عند "الشيخين"، وقال "محمَّد": إنَّ خيارَها يَمْتَدُّ إلى أن تَعْلَمَ أنَّ لها خياراً كما في "التنف" ^(٤))).

[١١٦٦٨] (قوله: لتفرغها للعلم) أي: لأنها تفرَّغَ لمعرفةَ أحكامِ الشَّرْع، والدَّارُ دارُ العلم، فلم تُعَذِّرْ بالجهل، "بحر" ^(٥)، أي: أنها يُمْكِنُها التفرُّغُ للتعلُّمَ لِفَقْدِ ما يَمْنَعُها منه وإن لم تُكَلِّفْ به قبل بلوغها.

[١١٦٦٩] (قوله: بخلاف خيار المعققة فإنه يمتدُّ) أي: يمتدُّ إلى آخر المجلس، ويَظُلُّ بالقيام عنه

(قوله: أي: يمتدُّ إلى آخر المجلس، ويَظُلُّ بالقيام عنه إلخ) وقال "ط": ((أي: يمتدُّ إلى أن تَعْلَمَ به)) اهـ. وهذا مُقتضى التعليل بأنَّها مشغولةٌ بِخِذْمَةِ المَوْلَى، وقال في "الفتح": ((أي: يمتدُّ إلى آخر المجلس،

(١) "جامع الفصولين": الفصل الخامس والعشرون ٣٢٨/١ بتصرف.

(٢) "نور العين في إصلاح جامع الفصولين": ل محمد بن أحمد عجيبي الدين نَشْحاتجي زاده (ت ١٣٠١هـ)، اختصر به "جامع الفصولين": ل بدر الدين محمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سمانه (ت ٨٢٣هـ). ("كشف الظنون"

٥٦٦/١، "هدية العارفين" ٢٧٢/٦، "الأعلام" ٨/٦).

(٣) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل في الولي والكفء ٢٨٠/١.

(٤) "التنف": كتاب النكاح - نكاح الصغير ٢٨٣/١ بتصرف يسير.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٠/٣.

(وخيارُ الصَّغِيرِ والثَّيِّبِ^(١) إِذَا بَلَغَا لَا يَبْطُلُ) بِالسُّكُوتِ (بِلا صَرِيحٍ) رِضَاهُ
(أَوْ دَلَالَةٍ) عَلَيْهِ (كَقَبْلَةٍ وَلَمْسٍ).....

كما في "الفتح"^(٢)، فافهم. وكذا لا يحتاجُ إلى القضاء بخلاف خيارِ البكرِ على ما مرَّ^(٣).
والحاصلُ - كما في "النَّهْر"^(٤) -: ((أَنَّ خيارَ العتقِ خالفَ خيارَ البلوغِ في خمسة: ثبوتُهُ
للأنثى فقط، وعدمُ بطلانِهِ بالسُّكُوتِ في المجلس، وعدمُ اشتراطِ القضاء فيه، وكونُ الجهلِ عذراً،
وفي بطلانِهِ بما يدلُّ على الإعراض، وهذا الأخيرُ بخلافِ خيارِ الثَّيِّبِ والغلامِ على ما يأتي)) اهـ.
وأراد بالمُعْتَقَةِ التي زَوَّجَهَا مولاها قبلَ العتقِ صغيرةً أو كبيرةً، فَيُبَيَّنُ لها خيارُ العتقِ لا خيارُ
البلوغِ لو صغيرةً، إلَّا إِذَا زَوَّجَهَا بعدَ العتقِ [٣/٦٠ ق/١] فَيُبَيَّنُ لها وللعبدِ الصَّغِيرِ أيضاً بخلافِ خيارِ
العتقِ، فَإِنَّهُ لَا يَبَيَّنُ لَهُ لو زَوَّجَهُ قبلَ العتقِ صغيراً أو كبيراً كما حرَّرناه^(٥) سابقاً.
[١١٦٧٠] (قوله: والثَّيِّبِ) شَمِلَ ما لو كانت ثيباً في الأصل، أو كانت بكرةً ثُمَّ دَخَلَ بِهَا
ثُمَّ بَلَغَتْ كما في "البحر"^(٦) وغيره.

[١١٦٧١] (قوله: أَوْ دَلَالَةٍ) عطفٌ على ((صريح))، وضميرُ ((عليه)) للرَّضَاءِ "ط"^(٧).

ويبطلُ بالقيام، ووجهُ الفَرْقِ أَنَّ خيارَ العتقِ يَثْبُتُ بِإثباتِ المَوْلَى؛ لَأَنَّهُ حُكْمُ العتقِ الثَّابِتُ بِإثباتِهِ؛ فاستقتضى
جواباً في المجلس، ك: التَّمْلِيكِ فِي الْمُخَيَّرَةِ) اهـ. والظَّاهِرُ عدمُ التَّنَافِي بينَ هاتَيْنِ العبارَتَيْنِ، وَأَنَّ الخِيَارَ يَمْتَدُّ
إِلَى أَنَّ تَعْلَمَ بِالْعِتْقِ، وَإِذَا عَلِمَتْ بِهِ يَمْتَدُّ إِلَى آخِرِ المجلس، كما يفيدُ ذلكُ كُلُّ مِنَ العِلَّتَيْنِ.

(١) في "د" زيادة: ((وإن كانت ثيباً في الأصل، أو كانت بكرةً إلَّا أَنَّ الزَّوْجَ قد بنى بها، ثم بلغت عند الزَّوْجِ لا يبطل
خيارها بالسُّكُوتِ إلخ. "جامع الصَّغَار" ومثله في "الاختيار"). [١/٥٧ ق/١].

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٠/٣.

(٣) "در" ص ٢٣٦-٢٣٧.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق/١٧٢ أ.

(٥) المقولة [١١٦٢٤] قوله: ((ويغني عنه خيار العتق)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣١/٣.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٧/٢.

وَدَفَعَ مَهْرٌ (وَلَا يَبْطُلُ) (بِقِيَامِهِمَا عَنِ الْمَجْلِسِ) لِأَنَّ وَقْتَهُ الْعَمْرُ، فَيَبْقَى حَتَّى يُوجَدَ الرِّضَاءُ، وَلَوْ ادَّعَتْ التَّمَكُّنُ كَرَهَا.....

[١١٦٧٢] (قوله: وَدَفَعَ مَهْرٌ) حَمَلَهُ فِي "الْفَتْح" ^(١) عَلَى مَا إِذَا كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ، أَمَا لَوْ دَخَلَ بِهَا قَبْلَ بُلُوغِهِ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَكُونَ دَفْعُ الْمَهْرِ بَعْدَ بُلُوغِهِ رِضَاءً؛ لِأَنَّهُ لَا بَدَأَ مِنْهُ أَقَامَ أَوْ فَسَخَ. أَهـ "بِحَرْ" ^(٢). وَمِثْلُهُ يُقَالُ فِي قَبُولِهَا الْمَهْرَ بَعْدَ الدُّخُولِ بِهَا أَوْ الْخُلُوعِ، أَفَادَهُ "ط" ^(٣). وَمِنَ الرِّضَاءِ دَلَالَةٌ فِي جَانِبِهَا تَمَكُّنُهُ مِنَ الْوَطْءِ ^(٤)، وَطَلَبُ الْوَاجِبِ مِنَ النَّفَقَةِ بِخِلَافِ الْأَكْلِ مِنَ طَعَامِهِ وَخِدْمَتِهِ، "نَهْر" ^(٥) عَنْ "الْخُلَاصَةِ" ^(٦). وَتَقَدَّمَ ^(٧) فِي اسْتِثْنَانِ الْبَالِغَةِ تَقْيِيدُ الْخِدْمَةِ بِمَا إِذَا كَانَتْ تَخْدِمُهُ مِنْ قَبْلُ، وَالظَّاهِرُ جَرَيَانُهُ هُنَا.

[١١٦٧٣] (قوله: لِأَنَّ وَقْتَهُ الْعَمْرُ) (إِلْح) عَلَى هَذَا تَطَاوَرَتْ كَلِمَتُهُمْ كَمَا فِي "غَايَةِ الْبَيَانِ"، فَمَا نُقِلَ عَنْ "الطَّحَاوِيِّ": ((مَنْ أَنَّهُ يَبْطُلُ بِصَرِيحِ الْإِبْطَالِ أَوْ بِمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ كَمَا إِذَا اشْتَغَلَتْ بِشَيْءٍ آخَرَ)) مُشْكِلٌ، إِذْ يَقْتَضِي تَقْيِيدَهُ بِالْمَجْلِسِ، "فَتْح" ^(٨). وَالْجَوَابُ أَنَّ مَرَادَهُ بِالشَّيْءِ الْآخَرَ عَمَلٌ يَدُلُّ

(قوله: وَطَلَبُ الْوَاجِبِ مِنَ النَّفَقَةِ) (إِلْح) فِيهِ أَنَّ النِّكَاحَ قَائِمٌ، وَالنَّفَقَةُ وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ حَتَّى يُفَرِّقَ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ، أَوْ إِلَى أَنْ تَنْقَضِيَ الْعِدَّةُ إِنْ وَجِدَ الدُّخُولَ؛ فَقَدْ طَلَبْتُ مِنْهُ أَمْرًا وَاجِبًا عَلَيْهِ فَأَتَى يَكُونُ رِضًا دَلَالَةً.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٨/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٢/٣.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٧/٢.

(٤) عبارة "النهر": ((وتمكينه من المهر)) بدل ((الوطء)) وهو تحريف.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٢/ب بتصرف.

(٦) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثامن في نكاح الصغير والصغيرة ق ٨٠/أ.

(٧) المحقولة [١١٥٩٧] قوله: ((بخلاف خدمته)).

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٩/٣ بتصرف.

صُدِّقَتْ، ومُفَادُّهُ أَنَّ القولَ لمدَّعي الإكراهِ لو في حبسِ الوالي، فليحفظ.
 (الوليُّ في النِّكاحِ) لا المالِ (العَصْبَةُ بنفسِهِ).....

على الرِّضَاءِ كالتَّمَكِينِ ونحوِهِ؛ لتَصْرِيحِهِ بِأَنَّهُ لَا يَبْطُلُ بِالْقِيَامِ عَنِ الْمَجْلِسِ، "بحر" (١).
 [١١٦٧هـ] (قَوْلُهُ: صُدِّقَتْ) أَي: لِأَنَّ الظَّاهِرَ يُصَدِّقُهَا، "فتح" (٢).

[١١٦٧هـ] (قَوْلُهُ: وَمُفَادُّهُ إِنْ) قَالَ فِي "الْمَنْحِ" (٣): ((وَهَذَا الْفَرْعُ يَدُلُّ عَلَى مَا نَقَلَهُ
 "الْبِرَازِي" (٤) وَأَفْتَى بِهِ مَوْلَانَا صَاحِبُ "الْبَحْرِ" (٥): مَنْ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ مُدَّعِي الْإِكْرَاهِ إِذَا كَانَ فِي
 حَبْسِ الْوَالِيِّ))، "ح" (٦).

[١١٦٧هـ] (قَوْلُهُ: لَا الْمَالِ) فَإِنَّ الْوَلِيَّ فِيهِ الْأَبُ وَوَصِيُّهُ، وَالْجَدُّ وَوَصِيُّهُ، وَالْقَاضِي وَنَائِبُهُ
 فَقَطْ، "ح" (٧). ثُمَّ لَا يَخْفَى أَنَّ قَوْلَهُ: ((لَا الْمَالِ)) عَلَى مَعْنَى فَقَطْ، أَي: الْمَرَادُ بِالْوَلِيِّ هُنَا الْوَلِيُّ فِي
 النِّكَاحِ سِوَاءِ كَانَ لَهُ وَلَايَةٌ فِي الْمَالِ أَيْضًا كَالْأَبِ وَالْجَدِّ وَالْقَاضِي أَوْ لَا كَالْأَخِ، لَا الْوَلِيُّ فِي الْمَالِ
 فَقَطْ، وَبِهِ انْدَفَعَ مَا فِي "الشَّرْئِيعَةِ" (٨): ((مَنْ أَنَّ فِيهِ تَدَافُعًا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْأَبِ وَالْجَدِّ؛ لِأَنَّ لِهَما
 وَلَايَةً فِي الْمَالِ أَيْضًا)).

[١١٦٧هـ] (قَوْلُهُ: الْعَصْبَةُ بِنَفْسِهِ) حَرَّجَ بِهِ الْعَصْبَةُ بِالْغَيْرِ كَالْبَنَتِ، تَصِيرُ عَصْبَةً بِالابْنِ وَلَا وَلَايَةً
 لَهَا عَلَى أُمِّهَا الْيَتِيمَةِ، وَكَذَا الْعَصْبَةُ مَعَ الْغَيْرِ كَالْأَخَوَاتِ مَعَ الْبَنَاتِ وَلَا وَلَايَةً لِلْأَخْتِ عَلَى أُخْتِهَا

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٢/٣ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٩/٣.

(٣) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الولي ١/١٢٠.

(٤) لم نعر على المسألة في نسخة "البرازية" التي بين أيدينا.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٢/٣ بتصرف.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١/١٦١.

(٧) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١/١٦١، وليس في عبارته لفظ: ((والجد)).

(٨) "الشريعة": كتاب النكاح - باب الولي والكفاءة ٣٣٨/١ (هامش "الدرر والغرر").

وهو مَنْ يَتَّصِلُ بِالْمَيْتِ حَتَّى الْمَعْتَقَةِ (بِلا تَوَسُّطِ أَثْنَى).....

الْمَجْنُونَةُ [٣/٦٠ ق/ب] كما في "المنح"^(١) و"البحر"^(٢)، والمرادُ خروجهما من رتبة التَّقديم، وإلاَّ فلهما ولايةٌ في الجملة، يدلُّ عليه قولُ "المصنِّف" بعدُ: ((فإنَّ لم يكن عَصَبَةٌ إِنْ)).

والحاصل: أنَّ ولايةَ مَنْ ذُكِرَ بِالرَّجَمِ لَا بِالتَّعْصِيبِ وإنَّ كانت في حالِ عُصُوبَتِهَا كَالْبَيْتِ مع الابنِ الصَّغِيرِ، فإنَّهَا تَرْجُو أُمُّهَا الْمَجْنُونَةُ بِالرَّجَمِ لَا بِكُونِهَا عَصَبَةٌ مع الابنِ.

[١١٦٧٨] (قوله: وهو مَنْ يَتَّصِلُ بِالْمَيْتِ) الضَّمِيرُ لِلْعَصَبَةِ الْمَذْكُورِ الْمُرَادِ بِهِ الْمَعْهُودُ فِي بَابِ الْإِرْثِ بِقِرْنَةِ قَوْلِهِ: ((عَلَى تَرْتِيبِ^(٣) الْإِرْثِ وَالْحَجَبِ))، فَيَكُونُ تَعْرِيفُهُ مَا عَرَّفُوهُ بِهِ فِي بَابِ الْإِرْثِ، فَلَا يَرُدُّ مَا قِيلَ: إِنَّهُ لَا مَيْتَ هُنَا، فَالْأَوَّلَى أَنْ يَقَالَ: وهو مَنْ يَتَّصِلُ بِغَيْرِ الْمَكْلُفِ، فَافْهَمْ، هَذَا، وَفِي "النَّهْرِ"^(٤): ((هُوَ مَنْ يَأْخُذُ كُلَّ الْمَالِ إِذَا انْفَرَدَ وَالبَاقِي مع ذِي سَهْمٍ، وَهَذَا أَوَّلَى مِنْ تَعْرِيفِهِ بِهِ: ذَكَرَ يَتَّصِلُ بِلا واسِطَةٍ أَثْنَى^(٥)؛ إِذِ الْمَعْتَقَةُ لَهَا ولايةُ الْإِنْكَاحِ عَلَى مُعْتَقَتِهَا الصَّغِيرِ حَيْثُ لَا أَقْرَبَ مِنْهَا)) اهـ.

فَعَبَّرَ "الشَّارَحُ" بِ- ((مَنْ)) بَدَلَ ذَكَرٍ لِإِدْخَالِ الْمَعْتَقَةِ، فَيَنْدَفِعُ اعْتِرَاضُ "النَّهْرِ"، لَكِنْ يَرُدُّ عَلَيْهِ - كَمَا قَالَ "الرَّحْمَنِيُّ" - ((عَصَبَاتُ الْمَعْتَقَةِ، فَإِنَّ لَهُمْ ولايةً بَعْدَهَا مع أَنَّهُمْ مُتَّصِلُونَ بِواسِطَةِ أَثْنَى)) اهـ، فَالْأَوَّلَى تَعْرِيفُ "النَّهْرِ". وَلَا يَرُدُّ عَلَيْهِ أَنَّ الْعَصَبَةَ هُنَا لَا يَأْخُذُ كُلَّ الْمَالِ وَلَا شَيْئاً

(قوله: لَكِنْ يَرُدُّ عَلَيْهِ - كَمَا قَالَ "الرَّحْمَنِيُّ" - عَصَبَاتُ الْمَعْتَقَةِ إِنْ) وكذا يَرُدُّ عَلَيْهِ: أَنَّهُ يَشْمَلُ الْأَثْنَى الَّتِي لَمْ تَتَوَسَّطْ بِأَثْنَى؛ فَإِنَّهَا دَاخِلَةٌ فِي هَذَا التَّعْرِيفِ، فَحِينَئِذٍ يَكُونُ غَيْرَ جَامِعٍ وَغَيْرَ مانِعٍ، لَكِنْ يَنْدَفِعُ إِيْرَادُ "الرَّحْمَنِيِّ" بِ- "الْعَنَاءِ" الَّتِي سَيَذْكُرُهَا "الْمُحَشِّي" بَعْدَ هَذَا.

(١) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الولي ١/ق ١٢٠/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقضاء ١٢٧/٣.

(٣) في "ب": ((ترتيب))، وهو تعريف.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقضاء ق ١٧١/ب.

(٥) من قوله: ((هو من يأخذ)) إلى قوله: ((بلا واسطة أَثْنَى)) نقلها صاحب "النهر" عن "البحر".

بيان لما قبله (على ترتيب الإرث والحب) فيقدم ابن المجنونة على أبيها؛

منه لما قلنا آنفاً^(١)، ونظيره قولهم في نفقة الأرحام: تجب النفقة على الوارث بقدر إرثه، مع أن الكلام في النفقة على الحي، أو يقال: المراد من يسمى عصبية لو فرض المقصود تزويجه ميتاً، وعلى كل فتكلف التأويل عند ظهور المعنى غير لازم، والاعتراض بما لا يحطر بالبال غير وارد، بل ربما يعاب على فاعله كما عيب على من أورد على تعريفهم الماء الجاري بأنه ما يذهب يتنبت أنه يصدق على الحمار مثلاً أنه يذهب بها.

[١١٦٧٩] (قوله: بيان لما قبله) أي: لقوله: ((العصبية بنفسه))؛ لأنه لا يكون إلا بلا توسيط أنثى، يعني: إذا كان من جهة النسب، أمّا من السب فقد يكون كعصبية المعتقة، ولا يخفى أنه بيان بالنسبة لكلام المتن، أمّا في كلام "الشارح" فهو جزء من التعريف؛ لأنه أفاد إخراج من يتصل بالميت [١/٦١٣/٣] بواسطة أنثى كالجدة أم مثلاً.

[١١٦٨٠] (قوله: فيقدم ابن المجنونة على أبيها) هذا عندهما خلافاً لـ "محمد" حيث قدم الأب، وفي "الهندية"^(٢) عن "الطحاوي": ((أن الأفضل أن يأمر الأب الابن بالنكاح حتى يجوز بلا خلاف)) اهـ.

وابن الابن كالابن، ثم يقدم الأب، ثم أبوه، ثم الأخ الشقيق، ثم لأب - وذكر "الكرخي": ((أن تقديم الجد على الأخ قول "الإمام"، وعندهما يشتركان))، والأصح أنه قول الكل - ثم ابن الأخ الشقيق، ثم لأب، ثم العم الشقيق، ثم لأب، ثم ابنه كذلك، ثم عم الأب كذلك، ثم ابنه كذلك، ثم عم الجد كذلك، ثم ابنه كذلك - كل هؤلاء لهم إجمار الصغيرين وكذا الكبيرين إذا جئنا - ثم المعتق ولو أنثى، ثم ابنه وإن سفل، ثم عصبته من النسب على ترتيبهم، "بحر"^(٣)

(١) في المقولة نفسها.

(٢) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب الرابع في الأولياء ٢٨٣/١.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٧/٣ بتصرف..

لأنه يحجب حجب نقصان (بشرط حرية وتكليف وإسلام.....)

عن "الفتح" (١) وغيره.

(تنبيه)

يُشَرِّطُ فِي الْمُعْتَقِ أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُ؛ لِيَخْرُجَ مَنْ كَانَتْ أُمُّهَا حُرَّةَ الْأَصْلِ وَأَبُوهَا مُعْتَقٌ، فَإِنَّهُ لَا وَلَايَةَ لِمُعْتَقِ الْأَبِ عَلَيْهَا، وَلَا يَرْتَبُهَا، فَلَا يَلِي إِنْكَاحَهَا كَمَا نَبَّ عَلَيْهِ صَاحِبُ "الدَّرَر" (٢) فِي كِتَابِ الْوَلَاءِ، فَلَوْ لَمْ يَوْجَدْ هَا سِوَى الْأُمِّ وَمُعْتَقِ الْأَبِ فَالْوَلَايَةُ لِلْأُمِّ دُونَهُ، وَلَمْ أَرِ مَنْ نَبَّ عَلَيْهِ هُنَا، أَفَادَهُ السَّيِّدُ "أَبُو السُّعُود" (٣) عَنْ "شَيْخِهِ".

٣١١/٢

[١١٦٨١] (قوله: لأنه يحجب حجب نقصان) فيه أن الأب لا يَرِثُ بِالْفَرْضِيَّةِ أَكْثَرَ مِنَ السُّلْسِ، وَذَلِكَ مَعَ الْإِبْنِ وَابْنِهِ، وَمَعَ الْبِنْتِ يَرِثُهُ بِالْفَرْضِ وَالْبَاقِي بِالتَّعْصِيبِ، وَعِنْدَ عَدَمِ الْوَلَدِ بِالتَّعْصِيبِ فَقَطْ، وَلَيْسَ مَا يَرِثُهُ بِالتَّعْصِيبِ مُقَدَّرًا حَتَّى يُنْقَصَ مِنْهُ، فَالْأَوَّلَى التَّعْلِيلُ بِأَنَّهُ لَا يَكُونُ عَصَبَةً مَعَ الْإِبْنِ، تَأْمَلْ.

[١١٦٨٢] (قوله: بشرط حرية إلخ) قلت: وبشرط عدم ظهور كون الأب أو الجد سبي الاختيار مَجَانَةً وَفَسْقًا إِذَا زَوَّجَ الصَّغِيرَ أَوِ الصَّغِيرَةَ بِغَيْرِ كِفَاءٍ أَوْ بَغْيٍ فَاحِشٍ، وَكَوْنِهِ غَيْرَ سَكْرَانَ أَيْضًا كَمَا مَرَّ (٤) بَيَانُهُ. وَاحْتَزَرَ بِالْحُرِّيَّةِ عَنِ الْعَيْدِ، فَلَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَى وَلَدِهِ وَلَوْ مُكَاتَبًا إِلَّا عَلَى أُمِّهِ دُونَ عَيْدِهِ لِنَقْصِهِ بِالْمَهْرِ وَالتَّفَقُّهِ كَمَا سَيَأْتِي (٥) فِي بَابِهِ، وَبِالتَّكْلِيفِ عَنِ الصَّغِيرِ وَالْجُنُونِ، فَلَا زَوْجٌ فِي حَالِ جُنُونِهِ مُطَبِّقًا أَوْ غَيْرَ مُطَبِّقٍ، وَيُزَوَّجُ حَالَ إِفَاقَتِهِ عَنِ الْجُنُونِ بِقِسْمِيهِ، لَكِنْ إِنْ كَانَ مُطَبِّقًا تَسْلُبُ وَلَايَتُهُ، فَلَا تُنْتَظَرُ إِفَاقَتُهُ، وَغَيْرُ الْمُطَبِّقِ الْوَلَايَةُ ثَابِتَةٌ لَهُ، فَتُنْتَظَرُ إِفَاقَتُهُ كَالنَّائِمِ،

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٧٥/٣ بتصرف.

(٢) "الدرر": ٣٥/٢.

(٣) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٣٤/٢.

(٤) "در" ص ٢٢٥ - وما بعدها.

(٥) المقولة [١٢٣٤٤] قوله: ((ومكاتب)).

[٣/٦١ق/ب] ومقتضى النظر أنَّ الكفء الخاطب إذا فات بانتظار إفاقة تزوج مؤيَّته وإن لم يكن مطبقاً، وإلاَّ انتظر على ما اختاره المتأخرون في غيبة الوليِّ الأقرب على ما سنذكره، "فتح" (١)، وتبعه في "البحر" (٢) و"النهر" (٣). والمطبق شهر، وعليه الفتوى، "بحر" (٤).

مطلب: لا يصح تولية الصَّغير شيخاً على خيرات

(تنبيه)

علَّل "الزَّيلعي" (٥) عدم الولاية لمن ذكر: ((بأنهم لا ولاية لهم على أنفسهم، فأولى أن لا يكون لهم ولاية على غيرهم؛ لأنَّ الولاية على الغير فرع الولاية على النفس))، وذكر السيّد "أبو السَّعود" (٦) عن "شيخه": ((أنَّ هذا نصٌّ في جوابِ حادثةٍ سئل عنها، هي أنَّ الحاكم

(قوله: ومقتضى النظر أنَّ الكفء الخاطب إذا فات بانتظار إفاقة تزوج مؤيَّته وإن لم يكن مطبقاً، وإلاَّ انتظر إلخ) الظاهر أنَّ هذا التفصيل إنما هو في غير المطبق؛ إذ بالمطبق (٧) تنقُل الولاية للبعيد فلا حاجة للتفصيل بين انتظار الكفء وعدمه، على أنَّ ما ذكره في "الفتح" من مقتضى النظر مخالف لما أطبقوا عليه من أنه لا ولاية بخون؛ لأنه لا ولاية له على نفسه فأولى أن لا تثبت له على غيره اهـ. فمقتضى هذا سلَّها عنه في حال جنونه وانتقالها لغيره مطبقاً أو لا، ولا نظراً لانتظار الكفء.

(قوله: لأنَّ الولاية على الغير فرع الولاية على النفس إلخ) مقتضى هذه العلة عدم صحة تقرير الصغير في الوظائف مطلقاً ولو يعقل التصرف، مع أنه سيأتي في كتاب الوقف: ((أنَّ الصَّغير الذي لا يعقل أو لا يقدر على الحفظ لا تصحُّ توليته بخلاف العاقل القادر عليه فتصح، وتكون من القاضي إذناً له في التصرف، وللقاضي أن يأذن للصَّغير وإن لم يأذن له وليه إلى آخر ما هناك.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨١/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٢/٣ بتصرف.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق/١٧٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٢/٣.

(٥) "تبين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٥/٢.

(٦) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٣٦/٢ بتصرف.

(٧) في مطبوعة الراعي الميمنية: ((إذ المطبق)) وزيادة الباء يقتضيها السياق.

في حق مسلمة) تريدُ التَّزْوُجَ (وولدٍ مسلمٍ) لعدمِ الولاية (وكذا لا ولاية) في نكاحٍ ولا في مالٍ.....

قَرَّرَ طِفْلاً فِي مَشِيخَةٍ عَلَى خِيَارَاتٍ بِقَبْضٍ^(١) غَلَّاتِهِمْ وَتَوَزِيعِ الْحَبْرِ عَلَيْهِمْ وَالنَّظَرِ فِي مَصَالِحِهِمْ، فَاجَابَ يُبْطَلَانِ التَّوْلِيَةِ آخِذاً مِمَّا ذُكِرَ).

[١١٦٨٣] (قوله: في حق مسلمة) قيّد في قوله: ((وإسلام)).

[١١٦٨٤] (قوله: تريدُ التَّزْوُجَ) أشار إلى أنَّ المراد بالمسلمة البالغة، حيث أَسَدَّ التَّزْوُجَ إِلَيْهَا؛ لِأَنَّ يَتَكَرَّرَ مع قوله: ((وولدٍ مسلمٍ))، فَإِنَّ الْوَلَدَ يَشْمَلُ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى، وَحِينَئِذٍ فَلَيْسَ فِي كَلَامِهِ مَا يَقْتَضِي أَنَّ لِلْكَافِرِ التَّصَرُّفَ فِي مَالِ بِنْتِهِ الصَّغِيرَةِ الْمُسْلِمَةِ، فَافْهَم.

وعلى ما قلنا، فإذا زَوَّجَتِ الْمُسْلِمَةُ نَفْسَهَا، وَكَانَ لَهَا أَخٌ أَوْ عَمٌّ كَافِرٌ فَلَيْسَ لَهُ حَقُّ الْإِعْتِرَاضِ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ، وَقَدْ مَرَّ^(٢) أَوَّلُ الْبَابِ أَنَّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهَا فَنِكَاحُهَا صَحِيحٌ نَافِذٌ مُطْلَقاً، أَي: وَلَوْ مِنْ غَيْرِ كَفَاءٍ أَوْ بَدُونِ مَهْرٍ الْمَثَلِ، وَإِذَا سَقَطَتِ وِلَايَةُ الْأَبِ الْكَافِرِ عَلَى وَلَدِهِ الْمُسْلِمِ فَبِالْأَوَّلَى سَقُوطُ حَقِّ الْإِعْتِرَاضِ عَلَى أُخْتِهِ الْمُسْلِمَةِ أَوْ بِنْتِ أَخِيهِ، وَيُؤْخَذُ مِنْ هَذَا أَيْضاً أَنَّهُ لَوْ كَانَ لَهَا عَصَبَةٌ رَقِيقٌ أَوْ صَغِيرٌ فَهِيَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ لَا عَصَبَةَ لَهَا؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهَا كَمَا عَلِمْتُهُ، وَقَدْ مَرَّ^(٣) ذَلِكَ أَوَّلَ الْبَابِ.

[١١٦٨٥] (قوله: لعدمِ الولاية) تعليلٌ للمفهوم، يعني: أَنَّ الْكَافِرَ لَا يَلِيُّ عَلَى الْمُسْلِمَةِ وَوَلَدِهِ الْمُسْلِمِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء- ١٤١]، "ح"^(٤).

[١١٦٨٦] (قوله: وكذا إلخ) عطفٌ على المفهوم الذي قلناه، والمسألة مذكورة في "الفتح"^(٥) و"البحر"^(٦).

(١) في "ب": ((يقبض)).

(٢) "در" ص ١٩٤-١٩٥.

(٣) المقولة [١١٥١١] قوله: ((وإن لم يكن لها ولي إلخ)).

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١/١٦١.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨١/٣.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٢/٣.

(لمسلمٍ على كافرٍ (إلا) بالسَّببِ العامِّ (بأن يكونَ) المسلمُ (سيِّدَ أمةٍ كافرٍ أو سلطاناً).....

[١١٦٨٧] (قوله: لمسلمٍ على كافرٍ) لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بِعَهْدِهِمْ أُولَئِكَ بَعْضُ﴾ [الأنفال- ٧٣].

[١١٦٨٨] (قوله: إلا بالسَّببِ العامِّ إلخ) قالوا: وينبغي أن يقال: إلا أن يكون المسلم سيِّدَ أمةٍ كافرٍ أو سلطاناً، قال "السُّروحيُّ": ((لم أرَ هذا الاستثناءَ في كتب أصحابنا، وإنما هو منسوبٌ إلى "الشَّافعيِّ" و"مالكٍ"))، قال في "المعراج": ((وينبغي أن يكون [٣/٦٢٣] مُراداً، ورأيتُ في موضعٍ معزواً إلى "المبسوط"^(١): الولايةُ بالسَّببِ العامِّ تثبُتُ للمسلم على الكافرِ كولايةِ السُّلطنةِ والشَّهادةِ، فقد ذكَّرَ معنى ذلك الاستثناءَ)) اهـ "بحر"^(٢) و"فتح"^(٣) و"مقدسي"، وذكره "الزَّيلعيُّ"^(٤) أيضاً بصيغةٍ ((وينبغي))، وتبعه في "الدرر"^(٥) و"العينيُّ"^(٦) وغيره، فحيث عبَّروا كلُّهم عنه بصيغةٍ ((ينبغي)) كان المناسبُ لـ "المصنِّف" أن يتابعهم؛ لئلاَّ يُوهَمَ أنه منقولٌ في كتب المذهب صريحاً، وقولُ "المعراج": ((ورأيتُ في موضعٍ إلخ)) لا يكفي في النقل لجهالتيه، فافهم.

(قولُ الشَّارحِ: "بأن يكونَ المسلمُ سيِّدَ أمةٍ كافرٍ إلخ) وكذا عكسه بأن كان السيِّدُ كافراً والرقِيُّ مُسليماً فله ولايةٌ تزويجه، فإنَّ له ولايةً على المسلم في الجملة، وهو ما إذا اشترى عبداً مسلماً فإنه يصحُّ شراؤه، ويثبتُ له الملكُ فيه، والولايةُ عليه إلاَّ أنه يُجبرُ على البيعِ، والجبرُ عليه لا يُشعرُ بعدم الولاية، اهـ "كفاية" من باب الوصي.

- (١) "المبسوط": كتاب الفرائض - باب موارث أهل الكفر ٣/٣٠.
- (٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ٣/١٣٢-١٣٣.
- (٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ٣/١٨١.
- (٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ٢/١٢٦.
- (٥) "الدرر": كتاب النكاح - باب الولي والكفء ١/٣٣٨.
- (٦) "رمز الحقائق": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الأولياء ١/١٤٧.

أو نائبه أو شاهداً (وللکافر ولاية على) کافر (مثله) اتفاقاً (فإن لم يكن عصبه فالولاية للأم) ثم للأم الأب، وفي "القنية" عكسه.....

[١١٦٨٩] (قوله: أو نائبه) أي: كالقاضي، فله تزويج البتمة الكافرة حيث لا ولي لها وكان ذلك في منشوره، "نهر"^(١).

[١١٦٩٠] (قوله: فإن لم يكن عصبه) أي: لا نسبه ولا سبيته كالمعتق، ولو أنثى وعصباته كما مر^(٢)، فيقدمان على الأم، "بحر"^(٣).

[١١٦٩١] (قوله: فالولاية للأم إلخ) أي: عند "الإمام"، ومعه "أبو يوسف" في الأصح، وقال "محمد": ليس لغير العصبات ولاية، وإنما هي للحاكم، والأول الاستحسان، والعمل عليه إلا في مسائل ليست هذه منها، فما قيل من أن الفتوى على الثاني غريب؛ لمخالفته المتون الموضوعة لبيان الفتوى، من "البحر"^(٤) و"النهر"^(٥).

[١١٦٩٢] (قوله: وفي "القنية" عكسه) أي: حيث قال فيها: ((أم الأب أولى في الترجيح من الأم))، قال في "النهر"^(٦): ((وحكي عن "خواهر زاده" و"عمر النسفي" تقديم الأخت على الأم؛ لأنها من قوم الأب، وينبغي أن يخرج ما في "القنية" على هذا القول)) اهـ، أي: فيكون من اعتبر ترجيح قوم الأب يرجح الجدّة لأب والأخت على الأم، لكن المتون على ذكر الأم عقب العصبات وعلى ترجيحها على الأخت، وصرح في "الجوهرة"^(٨) بتقديم الجدّة على الأخت

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٣/أ.

(٢) المقولة [١١٦٧٩] قوله: ((بيان لما قبله)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٣/٣ بتصرف.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٣/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٣/أ.

(٦) "القنية": كتاب النكاح - باب في الأولياء ق ٣٤/أ.

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٣/أ.

(٨) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٧٦/٢.

ثُمَّ لِلْبَنْتِ، ثُمَّ لِبَنْتِ الْإِبْنِ، ثُمَّ لِبَنْتِ الْبَنْتِ، ثُمَّ لِبَنْتِ ابْنَ الْإِبْنِ، ثُمَّ لِبَنْتِ بَنْتَ الْبَنْتِ

فَقَالَ: ((وَأَوَّلَاهُمْ الْأُمُّ ثُمَّ الْجَدَّةُ ثُمَّ الْأَخْتُ لِأَبٍ وَأُمٍّ))، وَنَقَلَ ذَلِكَ "الشُّرَيْبِلِيُّ" فِي رِسَالَةٍ^(١) عَنْ "شرح النقاية" لِلْعَلَّامَةِ "قَاسِمٍ"^(٢) وَقَالَ: ((وَلَمْ يُقَيَّدَ الْجَدَّةُ بِكَوْنِهَا لَأُمٍّ أَوْ لِأَبٍ، غَيْرَ أَنَّ السِّيَاقَ يَقْتَضِي أَنَّهَا الْجَدَّةُ لَأُمٍّ، وَهَلْ تَقْدَمُ أُمُّ الْأَبِ عَلَيْهَا أَوْ تَتَأَخَّرُ عَنْهَا أَوْ تُرَاجِعُهَا؟ كَلَامُ "الْفَنِيَّةِ" يَدُلُّ عَلَى الْأَوَّلِ، وَسِيَاقُ كَلَامِ الشَّيْخِ "قَاسِمٍ" يَدُلُّ عَلَى الثَّانِي، وَقَدْ يُقَالُ بِالْمُزَاحِمَةِ لِعَدَمِ الْمَرْجَحِ، وَقَدْ يُقَالُ: قَرَابَةُ الْأَبِ لَهَا حُكْمُ الْعَصْبَةِ، فَتَقْدَمُ أُمُّ الْأَبِ، فَلْيَتَأَمَّلْ)) اهـ. مَلَخَّصًا.

٣١٢/٢

قلت: وَجَزَمَ "الخَيْرُ الرَّمْلِيُّ" بِهَذَا الْأَخِيرِ فَقَالَ: ((قَيَّدَ فِي "الْفَنِيَّةِ" بِالْأُمِّ لِأَنَّ الْجَدَّةَ لِأَبٍ أَوَّلَى مِنَ الْجَدَّةِ لَأُمٍّ قَوْلًا وَاحِدًا، فَتَحْصُلُ بَعْدَ الْأُمِّ أُمُّ الْأَبِ، ثُمَّ أُمُّ الْأُمِّ، ثُمَّ الْجَدُّ الْفَاسِدُ، تَأَمَّلْ)) اهـ. وَمَا جَزَمَ بِهِ "الرَّمْلِيُّ" أَفْتَى بِهِ فِي "الْحَامِدِيَّةِ"^(٣).

ثُمَّ هَذَا [٣/٦٢ب] فِي الْجَدَّةِ الصَّحِيحَةِ، أَمَّا الْفَاسِدَةُ فَهِيَ كَالْجَدِّ الْفَاسِدِ كَمَا يَأْتِي^(٤) قَرِيبًا. (١١٦٩٣) (قَوْلُهُ: ثُمَّ لِلْبَنْتِ) إِلَى قَوْلِهِ: ((وَهَكَذَا)) ذَكَرَ ذَلِكَ فِي "أَحْكَامِ الصَّغَارِ"^(٥) عَقَبَ الْأُمِّ، وَكَذَا فِي "فَتْحِ الْقَدِيرِ"^(٦) وَ"الْبَحْرِ"^(٧)، وَقَوْلُ "الْكَنْزِ"^(٨): ((وَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَصْبَةً فَالْوَلَايَةُ لِلْأُمِّ

(١) الْمُقُولَةُ [١١٧٢٣] قَوْلُهُ: ((لَكِنْ فِي "الْقَهْطَانِيِّ" (لِخ)).

(٢) "شرح النقاية": لِأَبِي الْعَدْلِ الْقَاسِمِ بْنِ قَطْلُوبَغَا بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، زَيْنِ الدِّينِ السُّودُونِيِّ الْمِصْرِيِّ (ت ٨٧٩هـ) وَلَمْ يُكْمَلْ هَذَا الشَّرْحُ، وَ"النقاية": لِعَبِيدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ، صَدَرَ الشَّرِيعَةُ الثَّانِي (ت ٧٤٥هـ). ("كُشِفَ الظُّلُومُ" ١٩٧١/٢، "الضَّوَاءُ اللَّامِعُ" ١٨٤/٦، "الْفَوَائِدُ الْبَهِيَّةُ" ٩٩-١٠٩، "هُدْيَةُ الْعَافِرِينَ" ٦٤٩/١ وَ ٨٣٠).

(٣) انْظُرْ "المُعْقُودُ الدَّرِيَّةُ فِي تَقْيِيقِ الْفَتَاوَى الْحَامِدِيَّةِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْوَلِيِّ ٢٠/١.

(٤) الْمُقُولَةُ [١١٦٩٥] قَوْلُهُ: ((ثُمَّ لِلْجَدَّةِ الْفَاسِدَةِ)).

(٥) "جَامِعُ أَحْكَامِ الصَّغَارِ": تَرْتِيبُ ذَوِي الْأَرْحَامِ فِي تَرْوِيعِ الصَّغِيرِ ٦٨/١.

(٦) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١٨١/٣.

(٧) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ ١٣٣/٣.

(٨) انْظُرْ "شرح العيني على الكنز": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ فِي أَحْكَامِ الْأَوْلِيَاءِ ١٤٧/١.

وهكذا، ثُمَّ لِلْجَدِّ الْفَاسِدِ (ثُمَّ لِلْأُخْتِ لِأَبٍ وَأُمٍّ، ثُمَّ) لِلْأُخْتِ (لِأَبٍ، ثُمَّ لَوْلَدِ
الْأُمِّ).....

ثُمَّ لِلْأُخْتِ (لِخٍّ) بِخَالِفِهِ، لَكِنْ اعْتَدَرَ عَنْهُ فِي "الْبَحْرِ"^(١): ((بَأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْهُ فِي "الْكَنْزِ" بَعْدَ الْأُمِّ؛
لَأَنَّهُ خَاصٌّ بِالْمُجَنُونِ وَالْمُجَنُونَةِ)).

[١١٦٩٤] (قَوْلُهُ: وَهَكَذَا) أَي: إِلَى آخِرِ الْفُرُوعِ وَإِنْ سَقَلُوا، "ط"^(٢).

[١١٦٩٥] (قَوْلُهُ: ثُمَّ لِلْجَدِّ الْفَاسِدِ) قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٣): ((وِظَاهِرُ كَلَامِ "الْمُصَنِّفِ" أَنَّ الْجَدَّ
الْفَاسِدَ مُؤَخَّرٌ عَنِ الْأُخْتِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ، وَذَكَرَ "الْمُصَنِّفُ" فِي "الْمُسْتَصْفَى": أَنَّهُ أَوَّلَى
مِنْهَا عِنْدَ "أَبِي حَنِيفَةَ"، وَعِنْدَ "أَبِي يُوسُفَ" الْوَلَايَةُ لَهَا كَمَا فِي الْمِيرَاثِ، وَفِي "فَتْحِ الْقَدِيرِ"^(٤):
وَقِيَاسُ مَا صُحِّحَ فِي الْجَدِّ وَالْأَخِ مِنْ تَقَدُّمِ الْجَدِّ تَقَدُّمُ الْجَدِّ الْفَاسِدِ عَلَى الْأُخْتِ أَه. فَتَبَتَ بِهَذَا أَنَّ
الْمَذْهَبَ أَنَّ الْجَدَّ الْفَاسِدَ بَعْدَ الْأُمِّ قَبْلَ الْأُخْتِ)) أَه. كَلَامُ "الْبَحْرِ"، أَي: بَعْدَ الْأُمِّ فِي غَيْرِ الْمَجْنُونِ
وَالْمُجَنُونَةِ، وَإِلَّا فَالْبِنْتُ مُقَدَّمَةٌ عَلَيْهِ كَمَا عَلِمَتْ.

قُلْتُ: وَوَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّهُمْ ذَكَرُوا أَنَّ الْأَصْحَحَ أَنَّ الْجَدَّ أَبَا الْأَبِ مُقَدَّمٌ عَلَى الْأَخِ عِنْدَ الْكُلِّ
وَإِنْ اشْتَرَكَا مَعَ الْأَخِ فِي الْمِيرَاثِ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّ الْوَلَايَةَ تَبْتَنِي عَلَى الشَّفَقَةِ، وَشَفَقَةُ الْجَدِّ فَوْقَ شَفَقَةِ
الْأَخِ، وَحِينَئِذٍ يُقَاسُ عَلَيْهِ الْجَدُّ الْفَاسِدُ مَعَ الْأُخْتِ، فَإِنَّ شَفَقَتَهُ أَقْوَى مِنْهَا، وَمُقْتَضَى هَذَا أَنَّ
الْجَدَّةَ الْفَاسِدَةَ كَذَلِكَ، وَيُؤَيِّدُ هَذَا أَنَّ مَنْ أَخَّرَ الْجَدَّ الْفَاسِدَ عَنِ الْأُخْتِ ذَكَرَ مَعَهُ الْجَدَّةَ الْفَاسِدَةَ،
وَهُوَ مَا مَشَى عَلَيْهِ فِي "شَرْحِ دَرَرِ الْبَحَارِ"^(٥) حَيْثُ قَالَ: ((وَعِنْدَ "أَبِي حَنِيفَةَ" الْأُمُّ، ثُمَّ الْجَدَّةُ

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٣/٣.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٣٩٢/٢.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٣/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨١/٣.

(٥) "غرر الأذكار": كتاب النكاح - ذكر الولي والكفء والوكالة في النكاح ق ١٩٣ ب.

الذَّكَرُ والأُنثى سواء، ثُمَّ لأَوْلَادِهِمْ (ثُمَّ لَذَوِي الأَرْحَامِ) العَمَّاتِ، ثُمَّ الأَخْوَالِ، ثُمَّ الخَالَاتِ، ثُمَّ بناتِ الأَعْمَامِ، وبهذا التَّرتيبِ أَوْلَادُهُمْ، "شُمْنِي". ثُمَّ مَوْلَى المُوَالاةِ^(١) (ثُمَّ لِلسُّلْطَانِ،.....)

الصَّحِيحة، ثُمَّ الأُخْتُ لأَبَوَيْنِ، ثُمَّ لأَبٍ، ثُمَّ الأَخُ أو الأُخْتُ لأمٍّ، وبعد هؤلاء ذُور الأَرْحَامِ كجدٍّ وجدَّةٍ فاسدين، ثُمَّ وَلَدُ أُخْتٍ لأَبَوَيْنِ أو لأَبٍ، ثُمَّ وَلَدُ أَخٍ لأمٍّ، ثُمَّ العَمَّةُ، ثُمَّ الخَالُ، ثُمَّ الخَالَةُ، ثُمَّ بنتُ العمِّ، وهكذا الأَقْرَبُ فالأَقْرَبُ)) اهـ.

[١١٦٩٦] (قوله: الذَّكَرُ والأُنثى سواء) لأنَّ لفظ ((الولد)) يَشْمَلُهُمَا، ومقتضاه أَنَّهُمَا في رتبةٍ واحدةٍ، ومقتضى تقديم الأَخْوَالِ على الخَالَاتِ - كما يأتي^(٢) - أن يُقَدَّمَ الذَّكَرُ هنا، تأمَّل. [١١٦٩٧] (قوله: ثُمَّ لأَوْلَادِهِمْ) أي: أَوْلَادِ الأُخْتِ الشَّقِيقَةِ وما عُطِفَ عليها على هذا التَّرتيب كما علمته بما نقلناه^(٣) عن "شرح درر البحار"، وهذا يُغْنِي عنه ما [١/٦٣/٣] بعده. [١١٦٩٨] (قوله: وبهذا التَّرتيبِ أَوْلَادُهُمْ) فَيُقَدَّمُ أَوْلَادُ العَمَّاتِ، ثُمَّ أَوْلَادُ الأَخْوَالِ، ثُمَّ أَوْلَادُ الخَالَاتِ، ثُمَّ أَوْلَادُ بناتِ الأَعْمَامِ، "ط"^(٤).

[١١٦٩٩] (قوله: ثُمَّ مَوْلَى المُوَالاةِ) هو الذي أسْلَمَ على يده أبو الصَّغِيرَةِ ووالاهُ؛ لأنَّه يَرِثُ، فَتَبَيَّنَ لَهُ وِلَايَةُ التَّروِيجِ، "فتح"^(٥)، أي: إذا كان الأبُّ مجهولَ النَّسَبِ، ووالاهُ على أَنَّهُ إنَّ جَنَى يَعْقِلُ عنه وإنَّ ماتَ يَرِثُهُ، وقد تكونُ المُوَالاةُ من الطَّرَفَيْنِ كما سيأتي^(٦) في بابها، وشَمِلَ المولى

(١) في "و": ((المُوَالاة)).

(٢) المقولة [١١٦٩٨] قوله: ((وبهذا التَّرتيبِ أَوْلَادُهُمْ)).

(٣) المقولة [١١٦٩٥] قوله: ((ثمَّ للجدِّ الفاسد)).

(٤) "ط": كتاب النِّكَاح - باب الولي ٣٩/٢.

(٥) "الفتح": كتاب النِّكَاح - باب الأَرْوَائِ والأَكْفَاءِ ١٨١/٣ وفيه: ((وهو الذي أسْلَمَ على يد أبي الصَّغِيرَةِ)).

(٦) انظر "الدر" عند المقولة [٣٠٥٩٠] قوله: ((على أن يرثه)).

ثُمَّ لِقَاضِي نَصَّ لَهُ عَلَيْهِ فِي مَنشُورِهِ ثُمَّ لُنُؤَابِهِ إِنْ فُوضَ لَهُ ذَلِكَ، وَإِلَّا لَا.....

الأثنى كما في "شرح الملتقى" (١).

[١١٧٠٠] [قوله: ثُمَّ لِقَاضِي] نَقَلَ "القَهْستاني" (٢) عَنْ "النَّظْم": ((أَنَّهُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْأُمِّ)).

قلت: وهو خلاف ما في المتون وغيرها.

[١١٧٠١] [قوله: نَصَّ لَهُ عَلَيْهِ فِي مَنشُورِهِ] أي: على تزويج الصَّغار. والمنشور: ما كَتَبَ فِيهِ السُّلْطَانُ أَنِّي جَعَلْتُ فَلَانًا قَاضِيًا لِبَلَدِهِ كَذَا، وَإِنَّمَا سُمِّيَ بِهِ؛ لِأَنَّ الْقَاضِي يَنْشُرُهُ وَقَدْ قَرَأْتَهُ عَلَى النَّاسِ، "قَهْستاني" (٣). وسنذكر (٤) فِي مَسْأَلَةِ عَضْلِ الْأَقْرَبِ أَنَّهُ تَبَيَّنَتْ الْوَلَايَةُ فِيهَا لِلْقَاضِي وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي مَنشُورِهِ، أَي: لِأَنَّ بُيُوتَ الْوَلَايَةِ لَهُ فِيهَا بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَنِ الْأَبِ أَوِ الْجَدِّ الْعَاضِلِ دَفْعًا لظُلْمِهِ، فَيُحْمَلُ مَا هُنَا عَلَى مَا إِذَا تَبَيَّنَتْ لَهُ الْوَلَايَةُ لَا بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ، تَأْمَلْ.

[١١٧٠٢] [قوله: إِنْ فُوضَ لَهُ ذَلِكَ، وَإِلَّا فَلَا] أَي: وَإِنْ لَمْ يُفَوَّضْ لِلْقَاضِي التَّزْوِيجُ فَلَيْسَ لِنَائِبِهِ ذَلِكَ؛ لِمَا فِي "الْمُجْتَبَى": ((ثُمَّ لِلْقَاضِي وَنُؤَابِهِ إِذَا شَرَطَ فِي عَهْدِهِ تَزْوِيجَ الصَّغَارِ وَالصَّغَائِرِ، وَإِلَّا فَلَا)) اهـ.

قال في "البحر" (٥): ((هَذَا بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ هَذَا الشَّرْطَ إِنَّمَا هُوَ فِي حَقِّ الْقَاضِي دُونَ نُؤَابِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ شَرْطًا فِيهِمَا، فَإِذَا كُتِبَ فِي مَنشُورِ قَاضِي الْقَضَاةِ فَإِنَّ كَانَ ذَلِكَ فِي عَهْدِ نَائِبِهِ مِنْهُ مَلَكَةً النَّائِبُ، وَإِلَّا فَلَا، وَلَمْ أَرَ فِيهِ مَنقُولًا صَرِيحًا)) اهـ.

وحاصله: أَنَّ الْقَاضِي إِذَا كَانَ مَأْذُونًا بِالتَّزْوِيجِ فَهَلْ يَكْفِي ذَلِكَ لِنَائِبِهِ أَمْ لَا بَدَأَ أَنْ يُنَصَّ الْقَاضِي لِنَائِبِهِ عَلَى الْإِذْنِ؟ وَعِبَارَةٌ "الْمُجْتَبَى" مُحْتَمِلَةٌ، وَالتَّبَادُورُ مِنْهَا الْأَوَّلُ، وَمَا فِي "النَّهْرِ" (٦):

(١) انظر "جمع الأنهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١/٣٣٨.

(٢) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل الولي والكفء ١/٢٨١.

(٣) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل الولي والكفء ١/٢٨١.

(٤) المقولة [١١٧٢٣] قوله: ((لكن في "القَهْستاني" (الح)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٣/١٣٤.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١/١٧٣.

(وليس للوصي) من حيث هو وصي (أَنْ يُزَوِّجَ) اليتيم (مطلقاً) وإن أوصى إليه الأب بذلك.....

((من أن ما في "المحتبي" لا يُفِيدُ عدم اشتراط تفويض الأصل للنائب كما توهّمه في "البحر" ^(١))) رَدُّه "الرّملي": ((بأنّه كيف لا يُفِيدُ مع إطلاقه في نوابه والمطلق يجري على إطلاقه؟! وجهه أنّه لمّا فوّض لهم ما له ولايته التي من جملتها تزويج صار ذلك من جملة ما فوّض إليهم، وقد تفرّر أنّهم نوابُ السُّلطان، حيث أذن له بالاستتابة عنه فيما فوّضه إليه)) اهـ، فافهم.

قلت: لكن قال في "أنفع الوسائل": ((الظاهر أنّ النائب الذي لم يُنصَّ له القاضي على تزويج الصغار لا يملكه؛ لأنّه إن كان فوّض إليه الحكم بين الناس فهذا مخصوص بالمرافعات، فلا يتعدّى إلى التزويج، وكذا لو قال: استبنتك في الحكم، أمّا لو قال له: استبنتك في جميع ما فوّض إليّ السُّلطان فيملكه؛ حيث عمّم له)) اهـ.

ثمّ استظهر في "أنفع الوسائل": ((أنّه إذا ملك التزويج ليس له أن يأذن به لغيره؛ لأنّه بمنزلة الوكيل عن القاضي، وليس للوكيل أن يوكل إلاّ بإذن)) اهـ.

[١١٧٠٣] (قوله: وليس للوصي) أي: وصي الصّغير والصّغيرة، "بحر" ^(٢). واليتيم بوزن فَعِيلٍ يَسْمَلُهُما.

[١١٧٠٤] (قوله: من حيث هو وصي) احتزّز به عن قوله الآتي ^(٣): ((نعم لو كان قريباً أو حاكماً يملكه إلخ)).

(قوله: ثمّ استظهر في "أنفع الوسائل": أنّه إذا ملك إلخ) الظاهر أنّ النائب من قبِل القاضي المأذون له بالتفويض له أن يأذن لغيره بتزويج يتيمه؛ لأنّه بالإذن صار وكيلاً عن السُّلطان لا القاضي، وليس هذا من باب التوكيل عنه حتّى يتوقّف على الإذن بل من باب الإنابة عن السُّلطان، وللقاضي أن يأذن لغيره بذلك فكذا نائبه المذكور، وذكر "ط" عند قول "المُصنّف": ((ولا يُستخلف قاضي من كتاب القضاء)) قيّد بالاستخلاف ليخرج التوكيل والإيصاء؛ فإنّ له ذلك إلخ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٤/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٥/٣.

(٣) "در" ص ٢٧٠..

على المذهب، نعم لو كان قريباً أو حاكماً يملكه بالولاية كما لا يخفى.

(فروغ) ليس للقاضي تزويج الصَّغيرة من نفسه، ولا من لا تُقبلُ شهادته له كما في "معين الحُكَّام"، وأقره "المصنّف"^(١)، وبه عُلِمَ أَنَّ فِعْلَهُ حَكْمٌ.....

[١١٧٠٥] (قوله: على المذهب) لأنه المذكورُ في "كافي الحاكَم" مطلقاً حيث قال: ((والوصيُّ ليس بوليٍّ))، وزاد في "الدَّخيرة": ((سواء أوصى إليه الأبُّ بالنِّكاح أو لا))، نعم في "الخاتِبة"^(٢) وغيرها: ((أنَّه رَوَى "هشام" في "نوادِرِه"^(٣) عن "أبي حنيفة": أنَّه له ذلك إنَّ أوصى إليه به))، وعليه مشى "الزَّيْلعي"^(٤)، قال في "البحر"^(٥): ((وهي روايةٌ ضعيفةٌ))، واستثنى في "الفتح"^(٦) ((ما لو عيَّنَ له المُوصي في حياته رجلاً))، واعتزَّضه في "البحر"^(٧): ((بأنَّه إنَّ زَوَّجَهَا من المَعِينِ في حياةِ المُوصي فهو وكيلٌ لا وصيٌّ، وإنَّ بعدَ موْتِهِ فقد بطلَّت الوكالةُ وانتقلتُ للولاية للحاكم عند عدم قريبٍ)).

[١١٧٠٦] (قوله: يَمْلِكُهُ) أي: التَّزْوِيجُ إنَّ لم يكن أحدٌ أولى منه.

[١١٧٠٧] (قوله: ولا من لا تُقبلُ شهادتهُ له) كأصوله وإنَّ علَّوا وفروعه وإنَّ سفلوا، "ط"^(٨).

[١١٧٠٨] (قوله: عُلِمَ أَنَّ فِعْلَهُ حَكْمٌ) أي: وليس له أنَّ يَحْكُمَ لنفسه؛ لأنَّه في حقِّ نفسه

(قولُ "الشَّارح": وبه عُلِمَ أَنَّ فِعْلَهُ حُكْمٌ إلخ) قال "ابنُ الهمام": ((والإلحاق بالتوكيل يكفي للحُكْم مُستغنياً عن جَعْل فِعْلِهِ حُكْمًا)) اهـ. لكن ذَكَرَ في "النَّهر" ما يُؤَيِّدُ أَنَّ فِعْلَهُ حُكْمٌ.

(١) "النَّح": كتاب النِّكاح - باب في بيان أحكام الولي ١/ ق ١٢٠/ب وفيه: ((اليتيمة)) بدل ((الصغيرة)).

(٢) "الخاتِبة": كتاب النِّكاح - فصل في الأولياء ٣٥٦/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) تقدمت ترجمتها ٤٩٣/١.

(٤) "تبين الحقائق": كتاب النِّكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٦/١.

(٥) "البحر": كتاب النِّكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٥/٣.

(٦) "الفتح": كتاب النِّكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٣/٣.

(٧) "البحر": كتاب النِّكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٥/٣ بتصرف.

(٨) "ط": كتاب النِّكاح - باب الولي ٣٩/٢.

وإنْ عَرِيَ عن الدَّعْوَى.....

رعيَّة، وكذا السُّلطان، "ح" ^(١) عن "الهنديَّة" ^(٢).

(تنبيه)

أفتى "ابن نجيم" ^(٣): ((بأنَّ القاضي إذا زَوَّجَ يتيمةً ارتفع الخلافُ، فليس لغيره نقضُهُ))، أي: لما علمت من أنَّ ذلك حكمٌ منه، ثم رأيتُ ما أفتى به في "أنفع الوسائل".

[١١٧٠٩] (قوله: وإنْ عَرِيَ عن الدَّعْوَى) أمَّا قولهم: شَرَطُ نفاذِ القضاءِ في المُتَّهَداتِ أنْ يصيرَ الحكمُ حادثاً تجري فيه خصومةٌ صحيحةٌ عند القاضي من خصمٍ ^(٤) على خصمٍ، فالظاهرُ أنَّه محمولٌ على الحكمِ القوليِّ، أمَّا الفعلِيُّ فلا يُشترطُ فيه ذلك توفيقاً بين كلامهم، "نهر" ^(٥).

قلت: وكذا القضاءُ الضَّمَنِيُّ لا تُشترطُ له الدَّعْوَى والخصومةُ، كما إذا شهدا على خصمٍ بحقٍّ وذكرَا اسمَهُ واسمَ أبيه وجَدَهُ وقَضَى بذلك الحقَّ كان قضاءً بنسبِهِ ضمناً وإنْ لم يكن في حادثةِ النسبِ، وكذا لو شهدا بأنَّ فلانةً زوجةَ فلانٍ وكَلَّتْ زَوْجَهَا [١٦٤/٣] فلاناً في كذا على خصمٍ مُنكَرٍ وقَضَى بتوكيلها كان قضاءً بالزَّوجِيَّةِ بينهما، ونظيرهُ الحكمُ بثبوتِ الرَّمْضَانِيَّةِ

(قول "الشارح": وإنْ عَرِيَ إلخ) بكسر الراء وفتح الياء بمعنى: خلا ونَجَرْدَ، وعَرَا يَعْرُو بمعنى: الحُلُول، وبنو عامرٍ في الفعلِ الثَّلَاثِيَّ يَقْلِبُونَ الياءَ أَلْفًا في نحو: بَقِيَ ونَسِيَ وهَدَى وَيَنَى فيقول: بَقِيَ ونَسَى وهَدَى وَيَنَى البيت، ذَكَرَهُ بعضُ الأشياخ، اهـ "ميندي".

(قوله: وكذا لو شهدا بأنَّ فلانةً زوجةَ فلانٍ وكَلَّتْ زَوْجَهَا فلاناً إلخ) ذَكَرَ هذه المسألةَ في "الأشباه" تفرعاً على مسألةِ النسبِ المَقُولِ فيها: إنَّ القضاءَ الضَّمَنِيَّ لا يُشترطُ له الدَّعْوَى ولا الخصومةُ، لكن اعترض

(١) "ح": كتاب النكاح - باب الولي ق ١٦١/أ.

(٢) (الفتاوى الهندية: كتاب النكاح - الباب الرابع في الأولياء ٢٨٤/١ بتصرف.

(٣) لم نغفر عليها في "فتاوى ابن نجيم".

(٤) ((من خصم)) ساقط من "٣".

(٥) "نهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٣/ب بتصرف.

صغيرةً زَوَّجَتْ نَفْسَهَا وَلَا وَلِيَّ وَلَا^(١) حَاكِمَ ثَمَّةً تَوَقَّفَ، وَنَفَذَ بِإِجَازَتِهَا بَعْدَ بُلُوغِهَا؛ لِأَنَّ لَهُ مُجِيزاً وَهُوَ السُّلْطَانُ^(٢). وَلَوْ زَوَّجَهَا.....

في ضمن دعوى الوكالة، وتماؤه في قضاء "الأشباه"^(٣).

[١١٧١٠] (قوله: صغيرةً زَوَّجَتْ نَفْسَهَا) أي: من كفاءٍ بمهرٍ مثل، وإلا لم يتوقف؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ لَا يَمْلِكُ الْعَقْدَ عَلَيْهَا بِذَلِكَ فَلَا يَمْلِكُ إِجَازَتَهُ، فَكَانَ عَقْداً بِلَا مُجِيزٍ، نَعَمْ لَوْ كَانَ لَهَا أَبٌ أَوْ جَدٌّ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا كَذَلِكَ تَوَقَّفَ؛ لِأَنَّ لَهُ مُجِيزاً وَقَدْ عَقِدَ؛ لِأَنَّ الْأَبَ وَالْجَدَّ يَمْلِكَانِ الْعَقْدَ بِذَلِكَ، وَالصَّغِيرُ كَالصَّغِيرَةِ؛ لِمَا فِي "الْحَانِيَّةِ"^(٤): ((مَنْ أَنَّ الصَّغِيرَ لَوْ تَزَوَّجَ بِالْغَةِ، ثُمَّ غَابَ فَتَزَوَّجَتْ آخَرَ، وَكَانَ الصَّبِيُّ أَحْزَرَ بَعْدَ بُلُوغِهِ الْعَقْدَ الَّذِي بِأَشْرِهِ فِي صِغَرِهِ فَإِنْ كَانَتِ الْإِجَازَةُ بَعْدَ الْعَقْدِ الثَّانِي جَازَ الثَّانِي؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ الْفَسْخَ قَبْلَ إِجَازَتِهِ، وَإِنْ كَانَتْ قَبْلَهُ فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ مَهْرَ الْمَثَلِ أَوْ بَغْيٍ فَاحْشٍ وَلِلصَّغِيرِ أَبٌ أَوْ جَدٌّ نَفَذَ بِإِجَازَةِ الصَّبِيِّ بَعْدَ بُلُوغِهِ، وَإِلَّا فَيُجْوزُ الثَّانِي)).

[١١٧١١] (قوله: وَلَا حَاكِمَ ثَمَّةً) أي: في موضع العقد.

[١١٧١٢] (قوله: تَوَقَّفَ إلخ) هذا قول بعض المتأخرين، ففي "أحكام الصغار"^(٥): ((فَإِنْ

ما ذكره في "الأشباه" من تفریع هذه المسألة على مسألة النسب العلامة "البیڑی" على ما نقله عنه "هبة الله" بقوله: ((هذا التفریع مخالف للمنفرد فلا يعول عليه)) اهـ. لكن قد يقال: إن موضوع ما في "الأشباه" ما إذا عرفها بزوجه عوضاً عن أبيها وجدها بأن كانت معروفة به، فالقضاء بتوكيلها قضاء بالزوجية أيضاً، كما لو شهدا على خصم غائب بحق وذكرنا نسبه وقضى بذلك كان قضاء بالنسب أيضاً، لا لو كان حاضراً؛ إذ الإشارة كافية عن ذكر النسب فلا اعتبار بذكره؛ إذ المراد بالقضاء الضممي كل ما تضمنه وتوقف صحته عليه.

(١) ((ولا)) ساقطة من "ط".

(٢) في "ب": ((السلطان)) وهو خطأ طباعي.

(٣) انظر "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ص ٢٧٦.

(٤) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في شرائط النكاح ٣٤٠/١ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "جامع أحكام الصغار": مسائل النكاح ٦٦/١.

وَلَيَّانِ مُسْتَوِيَانِ قَدَّمَ السَّابِقُ،.....

كانت في موضع لم يكن فيه قاضٍ إن كان ذلك الموضع تحت ولاية قاضي تلك البلدة ينعقد، ويتوقف على إجازة ذلك القاضي، وإلا فلا ينعقد، وقال بعض المتأخرين: ينعقد ويتوقف على إجازتها بعد البلوغ)) اهـ.

واستشكله في "البحر"^(١): ((بأنهم قالوا: كلُّ عقدٍ لا مُحجِرَ له حالٌ صُدوره فهو باطلٌ لا يتوقف))، ثم قال: ((التوقف فيه باعتبار أن مُحجِرَ السُّلطان كما لا يخفى)) اهـ.

وهذا مبنيٌّ على كفاية كون ذلك المكان تحت ولاية السُّلطان وإن لم يكن تحت ولاية قاضي، وعليه فبطلان العقد يتصور فيما إذا كان في دار الحرب أو البحر أو المفازة ونحو ذلك بخلاف القرى والأصهار، ويدلُّ عليه ما في "الفتح"^(٢) في فصل الوكالة بالنكاح، حيث قال: ((وما لا مُحجِرَ له - أي: ما ليس له من يقدر على الإجازة - يطلُّ، كما إذا كانت تحته حرة فزوجه الفضوليُّ أمة أو أخت امرأته أو خامسة، أو زوجه معتدة أو مجنونة أو صغيرة يتيمه في دار الحرب، أو إذا لم يكن سلطان ولا قاضٍ^(٣)؛ لعدم من يقدر على الإضاء حالة العقد، فوقع باطلاً)) اهـ. وسيأتي^(٤) تمامه في آخر الباب الآتي، وقد أطننا الكلام في تحرير هذه المسألة في "تنقيح الفتاوى الحامدية"^(٥) من كتاب المأذون. [٦٤٤ق/ب]

[١١٧١٣] [قوله: وَلَيَّانِ مُسْتَوِيَانِ] كأخوين شقيقين، فلو أحد الوليين أقرب من الآخر فلا ولاية للأبعد مع الأقرب، إلا إذا غاب غيبة منقطعة فنكاح الأبعد يجوز إذا وقع قبل عقد

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٤/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١٩٩/٣ بتصرف.

(٣) عبارة "الفتح": ((أو إذا لم يكن سلطان ولا قاضٍ لا يتوقف؛ لعدم...)).

(٤) المقولة [١١٨٥٣] قوله: ((إن لها محجراً إلخ)).

(٥) "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الحجر والمأذون ١٥٣/٢.

فَإِنْ لَمْ يُدْرَ أَوْ وَقَعَ مَعَ بَطْلًا.

(وللولي الأبعد التزويج بغية الأقرب) فلو زَوَّجَ الأبعد.....

الأقرب، "بحر"^(١)، أي: يجوزُ على أحد القولين، وفيه كلامٌ يأتي^(٢) قريباً.

[١١٧١٤] (قوله: فَإِنْ لَمْ يُدْرَ) ينبغي أنها لو بَلَغَتْ وادَّعَتْ أَنَّ أَحَدَهُمَا هُوَ الْأَوَّلُ يُقْبَلُ؛ لِمَا فِي "الفتح"^(٣): ((ولو زَوَّجَهَا أبوها وهي بَكْرٌ بِالْعَةِ بِأَمْرِهَا، وَزَوَّجَتْ هِيَ نَفْسَهَا مِنْ آخَرَ فَأَيُّهُمَا قَالَتْ: هُوَ الْأَوَّلُ فَالْقَوْلُ لَهَا، وَهُوَ الزَّوْجُ؛ لَأَنَّهَا أَقَرَّتْ بِمِلْكِ النِّكَاحِ لَهُ عَلَى نَفْسِهَا، وَإِقْرَارُهَا حُجَّةٌ تَامَّةٌ عَلَيْهَا، وَإِنْ قَالَتْ: لَا أَدْرِي الْأَوَّلَ وَلَا يُلْعَمُ مِنْ غَيْرِهَا فُرُقٌ بَيْنَهُمَا، وَكَذَا لَوْ زَوَّجَهَا وَلَيَّانَ بِأَمْرِهَا)) اهـ.

٣١٤/٢

[١١٧١٥] (قوله: وللولي الأبعد إلخ) المراد بالأبعد مَنْ يَلِي الغائب فِي الْقُرْبِ كَمَا عَبَّرَ بِهِ فِي "كافي الحاكم"، وَعَلَيْهِ فَلَوْ كَانَ الْغَائِبُ أَبَاهَا وَلَهَا جَدٌّ وَعَمٌّ فَالْوَلَايَةُ لِلْجَدِّ لَا لِلْعَمِّ، قَالَ فِي "الاختيار"^(٤): ((وَلَا تَنْتَقِلُ إِلَى السُّلْطَانِ؛ لِأَنَّ السُّلْطَانَ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ، وَهَذِهِ لَهَا أَوْلِيَاءُ؛ إِذِ الْكَلَامُ فِيهِ)) اهـ. ومثله فِي "الفتح"^(٥) وغيره.

وَبِهِ عَلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ الْمُرَادُ بِالْأَبْعَدِ هُنَا الْقَاضِي، وَمَا فِي "الشَّرْئِيعَةِ"^(٦): ((مَنْ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ الْقَاضِي دُونَ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ بَابِ دَفْعِ الظُّلْمِ)) اهـ إِنَّمَا قَالَهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْآتِيَةِ، أَيْ: مَسْأَلَةِ

(قوله: أي يجوزُ على أحد القولين إلخ) فِيهِ أَنَّ الَّذِي ذَكَرَهُ فِي "البحر" إِنَّمَا هُوَ تَزْوِيجُ الْأَبْعَدِ الْحَاضِرِ، وَهَذَا لَا كَلَامَ فِي صَحَّتِهِ، وَالْقَوْلَانِ بِالصَّحَّةِ وَعَدَمِهَا فِيمَا لَوْ زَوَّجَهَا الْأَقْرَبُ حَيْثُ هُوَ، لَا فِيمَا إِذَا زَوَّجَهَا الْأَبْعَدُ، فَإِنَّ زَوَاجَهُ صَحِيحٌ قَوْلًا وَاحِدًا، إِلَّا أَنَّهُ عِنْدَ "زُفَرٍ": الْوَلَايَةُ بَاقِيَةٌ لِلْأَقْرَبِ بَدَلِ ثُبُوتِ لِلْأَبْعَدِ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٨/٣.

(٢) المقولة [١١٧١٥] قوله: ((وللولي الأبعد إلخ)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٤/٣.

(٤) "الاختيار": كتاب النكاح - فصل: عبارة النساء ٩٧/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٤/٣.

(٦) "الشَّرْئِيعَةِ": كتاب النكاح - باب الولي والكفاء ٣٣٨/١ (هامش "الدرر والغرر").

حَالِ قِيَامِ الْأَقْرَبِ تَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَتِهِ، وَلَوْ تَحَوَّلَتِ الْوَلَايَةُ إِلَيْهِ لَمْ يَحْزُرْ إِلَّا بِإِجَازَتِهِ
بَعْدَ التَّحَوُّلِ، "فَهَسْتَانِي"^(١) و"ظَهِيرِيَّة"^(٢) (مَسَافَةَ الْقَصْرِ) وَاخْتَارَ فِي "الْمُلْتَقَى"^(٣):
(مَا لَمْ يَنْتَظِرِ الْكَفَّءُ الْخَاطِبُ جَوَابَهُ)، وَاعْتَمَدَهُ "الْبَاقَانِي"^(٤)، وَنَقَلَ "ابْنَ الْكَمَالِ":
(أَنَّ عَلَيْهِ الْفَتْوَى)، وَثَمَرَةُ الْخِلَافِ فِيمَنْ اخْتَفَى فِي الْمَدِينَةِ.....

عَضَلِ الْأَقْرَبِ كَمَا يَأْتِي^(٥) بَيَانُهُ، وَيدُلُّ^(٥) عَلَيْهِ التَّعْلِيلُ بِدَفْعِ الظُّلْمِ، فَإِنَّهُ لَا ظُلْمَ فِي الْغَيْبَةِ بِخِلَافِ
الْعَضَلِ، فَالاعتراضُ عَلَى "الشَّرْئِيعَةِ"^(٦) بِمُخَالَفَتِهَا لِإِطْلَاقِ الْمُتَوَنِّشِ عَنْ اشْتِبَاهِ إِحْدَى الْمَسْأَلَتَيْنِ
بِالْأُخْرَى، فَافْهَم.

[١١٧١٦] (قَوْلُهُ: حَالِ قِيَامِ الْأَقْرَبِ) أَي: حُضُورِهِ وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْوَلَايَةِ، أَمَّا لَوْ كَانَ صَغِيرًا
أَوْ مَجْنُونًا جَازَ نِكَاحُ الْأُبْعَدِ، "ذَخِيرَةٌ".

[١١٧١٧] (قَوْلُهُ: تَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَتِهِ) تَقَدَّمَ^(٧) أَنَّ الْبَالِغَةَ لَوْ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا غَيْرَ كَفَّاءٍ فَلِلْوَلِيِّ
الاعتراضُ مَا لَمْ يَرْضَ صَرِيحًا أَوْ دَلَالَةً كَقَبْضِ الْمَهْرِ وَنَحْوِهِ، فَلَمْ يَجْعَلُوا سَكَوتَهُ إِجَازَةً، وَالظَّاهِرُ أَنَّ
سَكَوتَهُ هُنَا كَذَلِكَ، فَلَا يَكُونُ سَكَوتُهُ إِجَازَةً لِنِكَاحِ الْأُبْعَدِ وَإِنْ كَانَ حَاضِرًا فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ مَا
لَمْ يَرْضَ صَرِيحًا أَوْ دَلَالَةً، تَأَمَّلْ.

[١١٧١٨] (قَوْلُهُ: وَلَوْ تَحَوَّلَتِ الْوَلَايَةُ إِلَيْهِ) أَي: إِلَى الْأُبْعَدِ. مَوْتِ الْأَقْرَبِ أَوْ غَيْبَتِهِ غَيْبَةً
مُتَقَطِّعَةً، "ط"^(٨).

[١١٧١٩] (قَوْلُهُ: مَسَافَةَ الْقَصْرِ إلخ) اخْتِلَافٌ فِي حَدِّ الْغَيْبَةِ، فَاخْتَارَ "الْمُصَنِّفُ" تَبَعًا

(١) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل الولي والكفاءة ٢٨١/١ تبصرف.

(٢) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الثالث في معرفة الأولياء ونكاح الصغار ق ٧٥/١ تبصرف.

(٣) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٢٤٥/١.

(٤) الموقلة [١١٧٢٣] قوله: ((لكن في "القهستاني" إلخ)).

(٥) من ((قوله)) إلى ((ويدل)) ساقط من "٢".

(٦) "الشريعية": كتاب النكاح - باب الولي والكفاءة ٣٣٨/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٧) "در" ص ١٨٦ - وما بعدها.

(٨) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٤٠/٢.

لـ "الكنز"^(١): ((أنها مسافة القَصْر))، ونسبهُ في "الهداية"^(٢) لبعض المتأخرين [٦٥ق/٣] و"الزَيْلعي"^(٣) لأكثرهم، قال: ((وعليه الفتوى)) اهـ.
وقال في "الدَّخيرة": ((الأصحُّ أنه إذا كان في موضعٍ لو انتظرَ حضوره أو استطلاعُ رأيهِ فاتَ الكفءُ الذي حضرَ فالغيةُ مُنْقِطعةٌ، وإليه أشار في "الكتاب") اهـ.
وفي "البحر"^(٤) عن "المجتمعي" و"المبسوط"^(٥): ((أنَّه الأصحُّ، وفي "النهاية": واختاره أكثرُ المشايخ، وصحَّحه "ابن الفضل"، وفي "الهداية"^(٦): أنه أقربُ إلى الفقه، وفي "الفتح"^(٧): أنه الأشبهُ بالفقه، وأنه لا تعارضَ بين أكثرِ المتأخرين وأكثرِ المشايخ))، أي: لأنَّ المرادَ من المشايخ المتقدمين، وفي "شرح الملتقى"^(٨) عن "الحقائق"^(٩): ((أنَّه أصحُّ الأقاويل، وعليه الفتوى)) اهـ.
وعليه مشى في "الاختيار"^(١٠) و"النقاية"^(١١)، ويشيرُ كلامُ "النهر"^(١٢) إلى اختياره، وفي "البحر"^(١٣): ((والأحسنُ الإفتاء بما عليه أكثرُ المشايخ)).

(١) انظر "شرح العمبي على الكنز": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الأولياء ١٤٧/١.

(٢) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٢٠٠/١.

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٧/٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٥/٣.

(٥) "المبسوط": كتاب النكاح - باب نكاح الصغیر والصغيرة ٢٢٢/٤.

(٦) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٢٠٠/١.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٥/٣.

(٨) انظر "جمع الأنهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٣٣٩/١.

(٩) لم نثر على المسألة في مخطوطة "حقائق المنظومة النسقية" التي بين أيدينا بعد طول بحث.

(١٠) "الاختيار": كتاب النكاح - فصل: عبارة النساء ٩٦/٣.

(١١) انظر "شرح النقاية": كتاب النكاح - فصل في الأولياء والأكفاء ٥٧٢/١.

(١٢) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق١٧٣/ب.

(١٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٥/٣.

هل تكونُ غَيِّبَةً منقطعة؟

(ولو زَوَّجَهَا الأقربُ حيث هو جاز) النِّكَاحُ (على) القول^(١) (الظاهر) "ظهيرية"^(٢)..

[١١٧٢٠] (قوله: هل تكونُ غَيِّبَةً منقطعة؟) أي: فعلى الأول لا، وعلى الثاني نعم؛ لأنه لم يُعتبر مسافة السفر.

قلت: لكن فيه أن الثاني اعتبرَ فواتَ الكفء الذي حضر، فينبغي أن يُنظرَ هنا إلى الكفء: إن رضيَ بالانتظارِ مدةً يُرجى فيها ظهورُ الأقربِ المختفي لم يُجزَ نكاحُ الأبعد، وإلا جاز، ولعله بناءً على أن الغالب عدمُ الانتظار، تأمل.

[١١٧٢١] (قوله: جازَ على الظاهر) أي: بناءً على أن ولايةَ الأقربِ باقيةً مع الغيبة، وذكرَ في "البدائع"^(٣) اختلافَ المشايخ فيه، وذكرَ: ((أنَّ الأصحَّ القولُ بزوالها وانتقالها للأبعد))، قال في "المعراج": ((وفي "المحيط": لا روايةٌ فيه، وينبغي أن لا يجوزَ لانقطاع ولايته، وفي "المبسوط"^(٤): لا يجوزُ، ولئن سَلِمَ فلائها انتفعتْ برأيه، ولكنَّ هذه منفعةٌ حصلتْ لها اتفاقاً، فلا يُبنى الحكمُ عليها)) اهـ.

وكذا ذكرَ في "الهداية"^(٥) المنعُ ثمَّ التسليمُ بقوله^(٦): ((ولو سَلِمَ))، قال في "الفتح"^(٧):

(قوله: وكذا ذكرَ في "الهداية" المنعُ ثمَّ التسليمُ إلخ) وذلك أنه ذكرَ في "الهداية": ((أنَّ زُفراً قال: لا يجوزُ يعني: تزويجُ الأبعد؛ لأنَّ ولايةَ الأقربِ قائمةٌ؛ لأنها تثبتُ حقاً له صيانةً للقرابة فلا تبطلُ بغيبته، ولهذا لو

(١) ((القول)) ليست في "د".

(٢) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الثالث في معرفة الأولياء ونكاح الصغار ق ٧٥/أ بتصرف.

(٣) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما شرط التقدم فشيئان ٢٥٠/٢.

(٤) "المبسوط": كتاب النكاح - باب نكاح الصغير والصغيرة ٢٢١/٤.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ٢٠٠/١.

(٦) من ((فلا يبنى)) إلى ((بقوله)) ساقط من "أ".

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٤/٣.

((ويُثْبِتُ لِلأَبْعَدِ مِنْ أَوْلِيَاءِ النَّسَبِ، "شرح وهبانية"^(١)). لكن في "القَهْستاني" عن "الغياث"^(٢): ((لو لم يُزَوِّجَ الأَقْرَبُ زَوْجَ القَاضِي.....

((وهذا تَنْزُلٌ))، وأَيَّدَ "الزَّيْلَعِيُّ"^(٣) المنع من حيث الرُّوَايةُ والمعقولُ، وكذا في "البدائع"^(٤).
وبه عُلِمَ أَنَّ قولَه: ((على الظَّاهِرِ)) ليس المرادُ به ظاهرُ الرُّوَايةِ؛ لِما علمتُ من أَنَّهُ لا رُوَايةَ فيه، وإنَّما هو استظهارٌ لأحدِ القولين، وقد علمتُ ما فيه من تصحيحٍ خلافِهِ ومنعِهِ في أَكْثَرِ الكُتُبِ.
أقول: ويُوْخِذُ من هذا بالأوَّلَى أَنَّ الوَلِيِّينَ لو كانا في درجةٍ واحدةٍ كأخوين غابَ أحدهُما، فزَوِّجَ في مكانِهِ لا يصحُّ؛ لأنَّهُ إذا لم يصحَّ تزويجُ الأَقْرَبِ الغائبِ مع حضورِ الأَبْعَدِ فعدُّهُمُ صَحَّةَ العَقْدِ من الغائبِ مع حُضُورِ المساوي له في الدَّرَجَةِ بالأوَّلَى^(٥)، فتأمَّلْ.
[١١٧٢٢] (قوله: من أولياء النسب) احترازٌ عن القاضي.

[١١٧٢٣] (قوله: لكن في "القَهْستاني"^(٦)) [لمخ] استدراكٌ [٣/٦٥ق] على ما في "شرح الوهبانية"^(٧)، فإنَّهُ لم يَسْتَيْدِ فيه إلى نقلٍ صريحٍ، وهذا منقولٌ، وقد أَيَّدَهُ أيضاً العلامةُ "الشُّرْبَلَالِيُّ"

زَوْجُهَا حَيْثُ هُوَ جَائِزٌ، وَلا وِلَايَةَ لِلأَبْعَدِ مَعَ وِلَايَتِهِ، وَلَنَا أَنَّ هَذِهِ وِلَايَةٌ نَظَرِيَّةٌ، وَلَيْسَ مِنَ النِّظَرِ التَّفْوِيضُ لِمَنْ لَا يَنْتَفِعُ بِرَأْيِهِ ففَوَّضْنَاهُ إِلَى الأَبْعَدِ وَهُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى السُّلْطَانِ، كَمَا إِذَا مَاتَ الأَقْرَبُ، وَلَوْ زَوَّجَهَا حَيْثُ هُوَ فِيهِ مَنَعٌ يَعْنِي: يَمْنَعُ صَحَّةَ تَزْوِيجِهِ، وَبَعْدَ التَّسْلِيمِ نَقُولُ: لِلأَبْعَدِ بَعْدَ القَرَابَةِ وَقُرْبِ التَّدْبِيرِ، وَلِلأَقْرَبِ عَكْسُهُ، فَتَنَزَّلَا مَنَزَلَةً وَلَكِنَّهُمَا مُتَسَاوِيَتَانِ فَأَيُّهُمَا عَقْدَ نَفَذَ، وَلا يُرَدُّ) اهـ. وبهذا تَنْصَحُ عبارةُ "المبسوط".

(١) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب النكاح ق ٧٥/أ.

(٢) في "ط" و"ب": ((الغياثي)).

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٧/٢.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما شرط التقدم فشيئان ٢٥١/٢.

(٥) في "ب": ((الأوَّلَى)) بلا باء.

(٦) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل الولي والكفء ٢٨١/١ نقلاً عن "غياث المفتين".

(٧) "تفصيل عقد الفرائد": كتاب النكاح ق ٧٤/ب.

في رسالة سَمَّاها "كشف المعضل فيمن عُضِل" ^(١): ((بأنه ذَكَرَ في "أنفع الوسائل" عن "المنتقى": إذا كان للصَّغِيرَةِ أَبٌ اِمْتَنَعَ عن تزويجها لا تنتقلُ الْوَلَايَةُ إلى الجَدِّ، بل يُزَوِّجُهَا الْقَاضِي، ونَقَلَ مثلهُ "ابنُ الشَّحْنَةِ" ^(٢) عن "الغاية" عن "روضة النَّاطِفِي"، وكذا "المقدسي" عن "الغاية"، و"النَّهْر" ^(٣) عن "الخيوط"، و"الفيض" عن "المنتقى"، وأشار إليه "الزَّيْلَعِي" ^(٤)، حيث قال في مسألة تزويج الأَبْعَدِ بَغِيَّةِ الْأَقْرَبِ: وقال "الشَّافِعِيُّ": بل يُزَوِّجُهَا الْحَاكِمُ إعتباراً بِعَضَلِهِ، وكذا قال في "البدائع" ^(٥): إِنَّ نَقْلَ الْوَلَايَةِ إِلَى السُّلْطَانِ - أَيْ: حَالِ غِيَّةِ الْأَقْرَبِ - باطل؛ لَأَنَّهُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ، وههنا هَا وَلِيُّ أَوْ وَلِيَّان، فَلَا تُنْتَبِهُ الْوَلَايَةُ لِلْسُّلْطَانِ إِلَّا عِنْدَ الْعَضْلِ مِنَ الْوَلِيِّ وَلَمْ يُوجَدْ، وكذا فَرَّقَ في "السَّهِيل" ^(٦) بين الْغِيَّةِ وَالْعَضْلِ: بَأَنَّ الْعَاضِلَ ظَالِمٌ بِالِامْتِنَاعِ، فَسَامَ السُّلْطَانُ مَقَامَهُ فِي دَفْعِ الظُّلْمِ، بخلاف الْغَائِبِ خُصُوصاً لِلْحَجِّ، وَخَوْفُهُ فِي "شرح المجمع الملكي"، وبه أَفْتَى الْعَلَامَةُ "ابن الشَّيْثِي"، فهذه النُّقُولُ تَفِيدُ الْإِتِّفَاقَ عِنْدَنَا عَلَى ثُبُوتِهَا بِعَضْلِ الْأَقْرَبِ لِلْقَاضِي فَقَطْ، وَأَمَّا مَا فِي "الْخِلَاصَةِ" ^(٧) و"الْبِرَازِيَّةِ" ^(٨): مِنْ أَنَّهَا تَنْتَقِلُ إِلَى الْأَبْعَدِ بِعَضْلِ الْأَقْرَبِ إِجْمَاعاً فَالْمَرَادُ بِالْأَبْعَدِ الْقَاضِي؛ لَأَنَّهُ آخِرُ الْأَوْلِيَاءِ، فَالتَّفْضِيلُ عَلَى بَابِهِ. وَحَمَلَهُ فِي "الْبَحْر" ^(٩) عَلَى الْأَبْعَدِ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ،

٣١٥/٢

(١) لأبي الإخلاص حسن بن عمار الوفاقي الشرنبلالي المصري، (ت ١٠٦٩هـ). ("خلاصة الأثر" ٣٨/٢، "التعليقات السنية" ص ٥٨، "هدية العارفين" ٢٩٢/١، ووقع فيه: ((كشف المعضل فيمن عُضِل))، وهو تحريف).

(٢) "تفصيل عقد الفرائد": كتاب النكاح ق ٧٤/ب.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٣/ب.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٧/٢.

(٥) "البدائع": كتاب النكاح - بيان شرائط جواز النكاح ونفاذه - فصل: وأما شرط التقدم فشيئان ٢٥١/٢ بتصرف.

(٦) لعلّه "تسهيل مرقاة الوصول إلى علم الأصول": للمولى عثمان بن عبد الله الكليوبي الرومي الحنفى،

(ت ١٠٣٦هـ)، والله أعلم، ("إيضاح المكنون" ٢٨٨/١).

(٧) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثامن في نكاح الصغير والصغيرة ق ٧٨/ب.

(٨) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثامن في نكاح الصغار ١٢١/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٩) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٦/٣.

عند فوت الكفء)) (التزويجُ بعَضَلِ الأقرب) أي: بامتناعه عن التزويج إجماعاً،
 "خلاصة"^(١).....

ثم ناقض نفسه بعد سطرين بقوله: قالوا: وإذا خطبها كفء وعَضَلَهَا الوليُ تَبَتُّ الولاية للقاضي نيابةً عن العاضل، فله التزويج وإن لم يكن في منشوره)) اهـ. هذا خلاصة ما في الرسالة.
 ثم ذكرَ فيها عن "شرح المنظومة الوهبانية"^(٢) عن "المنتقى" ثبوت الخيار لها بالبلوغ إذا رَوَّجَهَا القاضي بعَضَلِ الأقرب، وعن "المجرد" عدم ثبوته، والأول على أن تزويجه بطريق الولاية، والثاني على أنه بطريق النيابة عن العاضل، ورجحه "الشُرُنبلاي" دفْعاً للتعارض في كلامهم.
 قلت: ويُؤيِّدُهُ ما مرَّ^(٣) عن "التسهيل"، وكذا قولهم: فله التزويج وإن لم يكن في منشوره، ويجب حَمْلُ ما في "المجرد" على ما إذا كان العاضل الأب أو الجد؛ لثبوت الخيار لها عند تزويج غيرهما، فكذا عند تزويج القاضي نيابةً عنه.

[١١٧٢٤] (قوله: عند فوت الكفء) [١/٦٦ق/٣] أي: خوف فَوْتِهِ.

[١١٧٢٥] (قوله: أي: بامتناعه عن التزويج) أي: من كفء بمهر المثل، أمّا لو امتنع عن غير الكفء أو لكون المهر أقلّ من مهر المثل فليس بعاضل^(٤)، "ط"^(٥). وإذا امتنع عن تزويجها من هذا الخاطب الكفء لئزَّوجَهَا من كفء غيره استظهر في "البحر"^(٦): ((أنه يكون عاضلاً))،

(قوله: والثاني على أنه بطريق النيابة عن العاضل إلخ) انظر ما تقدّم كتابته عند قول "المحشّي":
 ((إنّ تزويج القاضي نيابةً عنه فليس لها الخيار))

(١) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثامن في نكاح الصغير والصغيرة ق ٧٨/ب.

(٢) "تفصيل عقد الفرائد": كتاب النكاح ق ٧٤/ب.

(٣) في المقولة نفسها.

(٤) عبارة "ط": ((فإنها لا تنتقل)) بدل ((ليس بعاضل)).

(٥) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٤٠/٢ بتصرف.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٣٦/٣.

(ولا يَظِلُّ تزويجُهُ) السَّابِقُ (بَعْدَ الأقرب) لِحصولِهِ بولاية تامَّة.
(ووليُّ المجنونة) والمجنون ولو عارضاً (في النِّكاح) أمَّا التَّصَرُّفُ في المالِ فلا لبَّ
اتِّفاقاً (ابنُها) وإن سفلَ.....

قال: ((ولم أره))، وتبعه "المقدسي" و"الشَّرنبلائي"، واعتزضه "الرَّملي": ((بأنَّ الولاية بالعضلِ تنتقلُ إلى القاضي نيابةً لدفعِ الإضرارِ بها، ولا يوجدُ مع إرادةِ التَّزويجِ بكفءٍ غيره)) اهـ.
قلت: وفيه نظر؛ لأنَّه متى حضرَ الكفءُ الخاطِبُ لا يَنتَظَرُ غيرُهُ خوفاً من قُوَّتِهِ، ولذا تنتقلُ
الولايةُ إلى الأبعدِ عند غيِّبةِ الأقربِ كما مرَّ^(١)، نعم لو كان الكفءُ الآخرُ حاضراً أيضاً، وامتنعَ
الوليُّ الأقربُ من تزويجِها من الكفءِ الأوَّلِ لا يكونُ عارضاً؛ لأنَّ الظَّاهرَ من شَفَقَتِهِ على الصَّغيرةِ
أنَّه اختارَ لها الأنفعَ لتفاوتِ الأكفاءِ أخلاقاً وأوصافاً، فيُعينُ العملُ بهذا التفصيلِ، والله أعلم.

[١١٧٢٦] (قوله): ولا يَظِلُّ تزويجُهُ يعني: تزويجِ الأبعدِ حال غيِّبةِ الأقرب. وكان الأوَّلُ
ذكرَ هذه الجملةِ بعد قوله: ((والوليُّ الأبعدُ التَّزويجُ بغيةِ الأقرب))، "ط"^(٢).

[١١٧٢٧] (قوله: السَّابِقُ) أي: المتحقِّقُ سبَّقه احترازاً عما لو زَوَّجَها الغائبُ الأقربُ قبلَ
الحاضرِ الأبعدِ، فإنَّه يلغو المتأخِّرُ، وعمَّا لو جهَلَ التاريخَ، فإنَّه يَظِلُّ كلُّ منهما بناءً على بقاءِ
ولايةِ الغائبِ، أمَّا على ما قدَّمناه^(٣) من انقطاعِ ولايتهِ فالعبرةُ لعقدِ الحاضرِ مطلقاً.

[١١٧٢٨] (قوله: وليُّ المجنونة والمجنون) أي: جُنُوناً مُطْبِقاً، وهو شهرٌ كما مرَّ^(٤)، وتقدَّم^(٥)
أيضاً أنَّ المعتوهَ كذلك.

[١١٧٢٩] (قوله: ولو عارضاً) أي: ولو كانَ جُنُونُهما عارضاً بعد البلوغِ خلافاً لـ "زفر".

[١١٧٣٠] (قوله: اتِّفاقاً) أي: بخلافِ الولايةِ في النِّكاحِ، ففيها خلافُ "محمَّد"، فهي عنده

(١) "در" ص ٢٧٤.

(٢) "ط": كتاب النِّكاح - باب الولي ٤٠/٢.

(٣) المقولة [١١٧٢١] قوله: ((جاز على الظاهر)).

(٤) "در" ص ٢٢٤.

(٥) "در" ص ٢٢٤.

(دون أبيها) كما مر^(١)، والأولى أن يأمر الأب^(٢) به ليصح اتفاقاً.

(ولو أقر ولي صغير أو صغيرة أو أقر وكيل رجل أو امرأة أو مولى العبد بالنكاح لم ينفذ) لأنه إقرار على الغير.....

للأب أيضاً، وعندهما للابن.

[١١٧٣١] (قوله: دون أبيها) أي: أو جدّها، والمراد أنه إذا اجتمع في المجنونة أبوها أو جدّها مع ابنها فالولاية للابن عندهما دون الأب أو الجدّ كما في "الفتح"^(٣)، وكذا لباقي العصبات تزويجها على الترتيب المارّ فيهم كما قدّمناه^(٤) عن "الفتح".

[١١٧٣٢] (قوله: ولو أقر إلخ) قال "الحاكم الشهيد" في "الكافي" الجامع لكتب "ظاهر الرواية": ((وإذا أقر الأب أو غيره من الأولياء على الصغير أو الصغيرة بالنكاح أمس لم يصدق على ذلك إلا بشهود أو تصديق منهما بعد الإدراك [٣/٦٦٥ب] في قول "أبي حنيفة"، وكذلك إقرار المولى على عبده، وأما إقراره على أمته بمثل ذلك فحائز مقبول، وقال "أبو يوسف" و"محمد": الإقرار من هؤلاء في جميع ذلك جائز، وكذلك إقرار الوكيل على مؤكّله على هذا الاختلاف)) اهـ.

ونقل في "الفتح"^(٥) عن "المصنف" عن أستاذه الشيخ "حميد الدين": ((أن الخلاف فيما إذا أقر الولي في صغيرهما^(٦)))، وإليه أشار في "المبسوط" وغيره، قال^(٧): ((وهو الصحيح))،

(١) "در" ص ٢٥٩.

(٢) قال "ط" ٤١/٢: قوله: ((والأولى أن يأمر الأب إلخ، أي: يأمر الابن الأب، وذلك رعاية لتعظيم الأب لا لاحتراز عن أن يأمر الأب الابن؛ فإنه صحيح أيضاً اتفاقاً، أفاده العلامة "أبو السعود")).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٥/٣.

(٤) المقولة [١١٦٨٠] قوله: ((يقدم ابن المجنونة على أبيها)).

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٣/٣.

(٦) في "د" زيادة: ((فإن إقراره موقوف على بلوغهما، فإذا بلغا وصدّقا، ينفذ إقراره وإلا يبطل، وعندهما ينفذ في الحال)). ق ١/٥.

(٧) أي: في "المبسوط": كتاب النكاح - باب نكاح الصغير والصغيرة ٢٢٥/٤.

بخلاف مولى الأمة، حيث ينفذ إجماعاً؛ لأنَّ منافع بُضْعِهَا مِلْكُهُ (إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ الشُّهُودُ عَلَى النِّكَاحِ) بِأَنْ يَنْصَبَ الْقَاضِي خَصِماً عَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يُنْكِرَ قُتُقَامَ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ (أَوْ يُدْرِكَ الصَّغِيرَ أَوْ الصَّغِيرَةَ فَيُصَدِّقَهُ) أَي: الْوَلِيُّ الْمُقَرَّرُ (أَوْ يُصَدِّقَ الْمَوْكَلَّ أَوْ الْعَبْدَ) عِنْدَ "أَبِي حَنِيفَةَ"، وَقَالَا: يُصَدِّقُ فِي ذَلِكَ،.....

وقيل: فيما إذا بلغا وأنكرا فأقرَّ الولي، أما لو أقرَّ في صغريهما يصحُّ اتفاقاً، واستظهره في "الفتح" (١)، وقد علمت أنَّ الأوَّلَ ظاهرُ الرِّوَايةِ وأَنَّهُ الصَّحِيحُ.

[١١٧٣٣] (قَوْلُهُ: بِخِلَافِ مَوْلَى الْأُمَّةِ) أَي: إِذَا ادَّعَى رَجُلٌ نِكَاحَهَا، فَأَقَرَّ لَهُ مَوْلَاهَا يُقْضَى بِهِ بِلَا بَيِّنَةٍ وَتَصْدِيقِ، "دُرر" (٢)، أَي: لَوْ عَتَقْتَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى تَصْدِيقِهَا، وَمُقْتَضَى تَعْلِيلِ "الشَّارِحِ" أَنَّهُ لَا يَصَحُّ إِقْرَارُهُ عَلَيْهَا بَعْدَ الْعِتْقِ.

[١١٧٣٤] (قَوْلُهُ: بِأَنْ يَنْصَبَ الْقَاضِي إلخ) أَي: لِأَنَّ الْأَبَ مُقَرَّرٌ، وَالصَّغِيرُ لَا يَصَحُّ إِنْكَارُهُ، وَلَا بَدْءُ فِي الدَّعْوَى مِنْ خَصْمٍ، فَيَنْصَبُ عَنْهُ خَصِماً حَتَّى يُنْكِرَ قُتُقَامَ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ، فَيُبَيَّنَ النِّكَاحُ عَلَى الصَّغِيرِ، أَفَادَهُ فِي "الْفَتْحِ" (٣).

[١١٧٣٥] (قَوْلُهُ: أَي: الْوَلِيُّ الْمُقَرَّرُ بِالنَّصْبِ تَفْسِيرٌ لِلضَّمِيرِ الْمَنْصُوبِ).

[١١٧٣٦] (قَوْلُهُ: أَوْ يُصَدِّقُ) بِالنَّصْبِ عَطْفًا عَلَى ((يُدْرِكُ))، وَقَوْلُهُ: ((الْمَوْكَلُّ أَوْ الْعَبْدُ)) مَرْفُوعَانِ عَلَى الْفَاعِلِيَّةِ وَالْمَفْعُولِ مَحْذُوفٍ، أَي: يُصَدِّقُ الْمَوْكَلَّ الْوَكِيلُ أَوْ الْعَبْدُ الْمَوْلَى.

[١١٧٣٧] (قَوْلُهُ: وَقَالَا: يُصَدِّقُ فِي ذَلِكَ) أَي: يُصَدِّقُ الْمُقَرَّرُ فِي جَمِيعِ فُرُوعِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ السَّابِقَةِ مِثْلَ إِقْرَارِ الْمَوْلَى عَلَى أَمَّتِهِ كَمَا سَمِعْتَ التَّصْرِيحَ بِهِ فِي عِبَارَةِ "الْكَافِي"، وَمِثْلُهُ

(قَوْلُ "الْمُصَنِّفِ": "إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ الشُّهُودُ إلخ) لَكِنْ سَيَأْتِي فِي الْوَكَالَةِ عَنْ "الْعَايَةِ": ((أَنَّ الْوَكِيلَ بِالنِّكَاحِ إِذَا أَقَرَّ بِهِ بِمُحْضَرَةِ الشُّهُودِ نَفَذَ إِقْرَارَهُ، لَا بِغَيْرِ حَضْرَتِهِمْ، وَكَذَلِكَ فِي وَلِيِّ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَمَوْلَى الْعَبْدِ)) اهـ.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٣/٣.

(٢) "الدرر": كتاب النكاح - باب الولي والكفاء ٣٣٩/١.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٣/٣.

وهذه المسألة مُخرَجة من قوهم: مَنْ مَلَكَ الْإِنشَاءَ مَلَكَ الْإِقْرَارَ بِهِ، ولها نظائرٌ.....

في "البدائع"^(١)، فافهم.

[١١٧٣٨] (قوله: وهذه المسألة) أي: مسألة عدم قبول الإقرار من وليّ الصَّغِيرِ أو الصَّغِيرَةِ ومن الوكيل وموَلَى العبدِ ((مُخرَجةً)) - أي: مُستثناة - على قول "الإمام" من قاعدة: مَنْ مَلَكَ إِنْشَاءَ عَقْدٍ مَلَكَ الْإِقْرَارَ بِهِ، كالمولى^(٢) إذا أقرَّ بالفيء في مدّة الإيلاء وزوج العتدّة إذا قال في العتدّة: راجعتك، وهو وجه قولهما بالقبول هنا كما في إقراره بتزويج أمّته، ووجه قول "الإمام" حديث: «لا نكاحَ إِلَّا بِشُهُودٍ»^(٣)، وأنّه إقرارٌ على الغير فيما لا يَمْلِكُهُ، وتماه في "البدائع"^(٤). وعلى ما استظهره في "الفتح"^(٥) في مسألة الصَّغِيرَيْن فهي داخلة في مفهوم القاعدة على قول "الإمام"؛ لأنّه لا يَمْلِكُ الْإِنْشَاءَ حَالاً بِلَوْغِهِمَا، فلا يَمْلِكُ الْإِقْرَارَ، وعلى [١/٦٧/٣] قولهما تكونُ خارجةً عن القاعدة.

[١١٧٣٩] (قوله: مَلَكَ الْإِقْرَارَ بِهِ) الأولى حذفُ ((به)) لعدم مَرَجِعِ الضَّمِيرِ وإنْ عَلِمَ مِنَ الْمَقَامِ؛ لِأَنَّ الْمَعْنَى: مَنْ مَلَكَ إِنْشَاءَ شَيْءٍ مَلَكَ الْإِقْرَارَ بِهِ، "ط"^(٦).

[١١٧٤٠] (قوله: ولها نظائر) كإقرار الوصي بالاستدانة على اليتيم، لا يصحُّ وإنْ مَلَكَ إِنْشَاءَ الْإِسْتِدَانَةِ، "بجر"^(٧) عن "المبسوط"^(٨). وكما لو وكلّه بعقْدِ عبدٍ بعينه، فقال الوكيل: أعتقته أمسٍ وقد وكلّه

(١) "البدائع": كتاب النكاح - بيان شرائط جواز النكاح ونفاذه - فصل: وأما الذي يرجع إلى نفس التصرف ٢٤٦/٢.

(٢) في "د" زيادة: ((كالوصي والرَّاجِعِ والوكيل بالبيع، كذا في "الجامع الصغير" للصدر الشهيد)). ق ١٥٨/١.

(٣) أورده "الزيلعي" في "نصب الرأية" ١٦٧/٣، وقال: غريب بهذا اللفظ.

وأخرج الدارقطني ٢٢٠/٣ من حديث ابن عباس بنحوه، ولفظه: ((لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل))، والطبراني في "الأوسط" ٤٧٣/٤ ولفظه: ((لا يجوز نكاح إلا بولي وشاهدين))، وذكره الهيثمي في "مجمع الزوائد" ٢٨٦/٤ كتاب النكاح - باب ما جاء في الولي والشهود، وعزاه إلى الطبراني في "الكبير". وفي الباب عن أبي موسى، وجابر، وأبي هريرة، وعائشة، وعمران بن الحصين رضي الله عنهم.

(٤) انظر "البدائع": كتاب النكاح - بيان شرائط جواز النكاح ونفاذه - فصل: وأما الذي يرجع إلى نفس التصرف ٢٤٦/٢.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٣/٣.

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٤١/٢.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٢٧/٣ بتصرف.

(٨) "المبسوط": كتاب النكاح - باب نكاح الصغير والصغيرة ٢٢٦/٤ بتصرف.

(فرغ) هل لولي مجنونٍ ومعتوهٍ تزويجهُ أكثرُ من واحدةٍ؟ لم أرهُ، ومنعهُ
"الشَّافعيُّ"، وجَوَّزَهُ في الصبيِّ للحاجة.

قَبْلَ الْأَمْسِ لَا يُصَدِّقُ بِلَا بَيِّنَةٍ، وَتَمَامُهُ فِي "حَوَاشِي الْأَشْبَاهِ" لـ "الْحَمَوِيِّ"^(١) مِنَ الْإِقْرَارِ.
[١١٧٤١] (قَوْلُهُ: هَلْ لَوْلِيٍّ مَجْنُونٍ إلخ) الْبَحْثُ لِصَاحِبِ "النَّهْرِ"^(٢)، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الصَّبِيَّ فِي
حُكْمِ مَنْ ذَكَرَ، "ط"^(٣).
[١١٧٤٢] (قَوْلُهُ: وَمَنْعَهُ "الشَّافِعِيُّ") لَانْدِفَاعِ الضَّرُورَةِ بِالوَاحِدَةِ، "نَهْر"^(٤).
[١١٧٤٣] (قَوْلُهُ: وَجَوَّزَهُ) أَي: تَزْوِيجَ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ.

(١) انظر "غمر عيون البصائر": كتاب الإقرار ٤٥/٣ بتصرف يسير.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٣/ب.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب الولي ٤١/٢.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ق ١٧٣/ب.

﴿بابُ الكفاءة﴾

مِنْ كَافَأَهُ إِذَا سَاوَاهُ، وَالرَّأْدُ هُنَا مَسَاوَاةٌ مَخْصُوصَةٌ، أَوْ كَوْنُ الْمَرْأَةِ أَدْنَى.

(الكفاءة معتبرة).....

﴿بابُ الكفاءة﴾

لَمَّا كَانَتْ شَرْطَ الزَّوْمِ عَلَى الْوَلِيِّ إِذَا عَقَدَتِ الْمَرْأَةُ بِنَفْسِهَا - حَتَّى كَانَ لَهُ الْفَسْخُ عِنْدَ عَدَمِهَا - كَانَتْ فَرْعَ وَجُودِ الْوَلِيِّ، وَهُوَ ^(١) بِبُيُوتِ الْوِلَايَةِ، فَقَدَّمَ بَيَانَ الْأَوْلِيَاءِ وَمَنْ تَبَيَّنَتْ لَهُ، ثُمَّ أَعَقَبَهُ فَصَلَ الْكِفَاءَةَ، "فَتَح" ^(٢).

[١١٧٤٤] (قَوْلُهُ: أَوْ كَوْنُ الْمَرْأَةِ أَدْنَى) اعْتَرَضَهُ "الْخَيْرُ الرَّمْلِيُّ" بِمَا مُلْخَصُّهُ: ((أَنْ كَوْنُ الْمَرْأَةِ أَدْنَى لَيْسَ بِكَفَاءَةٍ، غَيْرَ أَنَّ الْكِفَاءَةَ مِنْ جَانِبِ الْمَرْأَةِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ)).
[١١٧٤٥] (قَوْلُهُ: الْكِفَاءَةُ مُعْتَبَرَةٌ) قَالُوا: مَعْنَاهُ: مُعْتَبَرَةٌ فِي الزَّوْمِ عَلَى الْأَوْلِيَاءِ، حَتَّى إِنْ عِنْدَ عَدَمِهَا جَارَ لِلْوَلِيِّ الْفَسْخُ. اهـ "فَتَح" ^(٣).

وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ مِنْ أَنَّ الْعَقْدَ صَحِيحٌ وَلِلْوَلِيِّ الْإِعْتِرَاضُ، أَمَّا عَلَى رِوَايَةِ "الْحَسَنِ" الْمُخْتَارَةِ لِلْفَتَاوَى مِنْ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ فَاِلْمَعْنَى: مُعْتَبَرَةٌ فِي الصَّحَّةِ، وَكَذَا لَوْ كَانَتْ الزَّوْجَةُ صَغِيرَةً وَالْعَاقِدُ غَيْرَ الْأَبِ وَالْجَدِّ، فَقَدْ مَرَّ ^(٤) أَنَّ الْعَقْدَ لَا يَصِحُّ.

﴿بابُ الكفاءة﴾

(قَوْلُهُ: اعْتَرَضَهُ "الْخَيْرُ الرَّمْلِيُّ" بِمَا مُلْخَصُّهُ إلخ) فِيهِ أَنَّ مَا ذَكَرَهُ "الشَّارِحُ" هُوَ مَعْنَى الْكِفَاءَةِ فِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ، وَكَوْنُهَا لَا تُعْتَبَرُ فِي جَانِبِ الْمَرْأَةِ - بِمَعْنَى: أَنَّهُ لَا يَشْتَرِطُ لِلزَّوْمِ النِّكَاحُ أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ كَفُوفًا لَهُ فِي الْأَشْيَاءِ الْمَخْصُوصَةِ - لَا يَنَافِي أَنَّهُ يُطْلَقُ عَلَيْهَا أَنَّهَا كَفَاءٌ لَهُ فِي اصْطِلَاحِهِمْ حَتَّى لَا يَكُونَ لِأَوْلِيَائِهِ طَلَبُ التَّفْرِيقِ.

(١) فِي "٣": ((وَهِيَ)).

(٢) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْكِفَاءَةِ ١٨٥/٣.

(٣) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْكِفَاءَةِ ١٨٥/٣.

(٤) الْمَقُولَةُ [١١٦١٦] قَوْلُهُ: ((لَا يَصِحُّ النِّكَاحُ مِنْ غَيْرِ كِفَافٍ)).

في ابتداء النكاح لِلزَّوْمِهِ أَوْ لَصَحَّتِهِ (من جانبِهِ) أَي: الرَّجُلُ؛ لِأَنَّ الشَّرِيفَةَ تَأْتِي أَنْ تَكُونَ فَرَاشًا لِلدَّيْنِيِّ، وَلِذَا (لَا) تُعْتَبَرُ (من جانبِهَا) لِأَنَّ الزَّوْجَ مُسْتَفْرِشٌ، فَلَا تُغَطِّيهِ دِنَاءَةُ الْفَرَاشِ، وَهَذَا عِنْدَ الْكُلِّ فِي الصَّحِيحِ كَمَا فِي "الْحَبَازِيَّةِ"،

[١١٧٤٦] (قوله: في ابتداء النكاح) يُعْنِي عَنْهُ قَوْلُ "المصنّف" الْآتِي^(١): ((واعتبارها عند ابتداء العقد إلخ))، وَكَأَنَّهُ أَشَارَ إِلَى أَنَّ الْأَوَّلَى ذَكَرَهُ هُنَا.

[١١٧٤٧] (قوله: لِلزَّوْمِهِ أَوْ لَصَحَّتِهِ) الْأَوَّلُ بِنَاءٌ عَلَى ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ، وَالثَّانِي عَلَى رَوَايَةِ "الحسن"، وَقَدْ مَنَّا^(٢) أَوَّلَ الْبَابِ السَّابِقِ اخْتِلَافَ الْإِفْتَاءِ فِيهِمَا وَأَنَّ رَوَايَةَ "الحسن" أَحْوَطُ.

[١١٧٤٨] (قوله: من جانبِهِ إلخ) أَي: يُعْتَبَرُ أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ مُكَافَأًا لَهَا فِي الْأَوْصَافِ الْآتِيَةِ، بَأَنَّ لَا يَكُونُ دُونَهَا فِيهَا، وَلَا تُعْتَبَرُ مِنْ جَانِبِهَا بَأَنَّ تَكُونَ مُكَافِئَةً لَهَا فِيهَا، بَلْ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ دُونَهُ فِيهَا.

[١١٧٤٩] (قوله: وَلِذَا لَا تُعْتَبَرُ) تَعْلِيلٌ لِلْمَفْهُومِ، وَهُوَ أَنَّ الشَّرِيفَ [٣/٦٧ق/ب] لَا يَأْتِي أَنْ يَكُونَ مُسْتَفْرِشًا لِلدَّيْنِيِّ كَالْأَمَةِ وَالْكَتَابِيَّةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُعَدُّ عَارًا فِي حَقِّهِ بَلْ فِي حَقِّهَا؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ رِقٌّ لِلْمَرْأَةِ وَالزَّوْجُ مَالِكٌ^(٣).

(تَمْيِيزَةٌ)

تَقَدَّمَ^(٤) أَنَّ غَيْرَ الْأَبِ وَالْجَدِّ لَوْ زَوَّجَ الصَّغِيرَ أَوْ الصَّغِيرَةَ غَيْرَ كَفَاءٍ لَا يَصِحُّ، وَمُقْتَضَاهُ

(قوله: تَعْلِيلٌ لِلْمَفْهُومِ إلخ) الْأَوَّلَى التَّعْيِيرُ بِالْبَاءِ؛ فَإِنَّ مَدْحُولَ اللَّامِ هُوَ الْعِلَّةُ، وَإِرْجَاعُهُ لِمَا تَقَدَّمَ لَا يَصِحُّ فَيَكُونُ رَاجِعًا لِمَفْهُومِهِ، وَالْمَعْلَلُ هُوَ عَدَمُ الْإِعْتِبَارِ مِنْ جَانِبِهَا، تَأْمَلْ. وَحِينَئِذٍ يَكُونُ قَوْلُهُ: ((لِأَنَّ الزَّوْجَ إلخ)) تَعْلِيلًا لِلْعِلَّةِ.

(١) "در" ص ٣١٢ -.

(٢) المقولة [١١٥٠١] قوله: ((بعدم جوازه أصلاً))، والمقولة [١١٥٠٢] قوله: ((وهو المختار للفتوى)).

(٣) ليس المقصود - بكلام ابن عابدين رحمه الله: ((لأن النكاح رِقٌّ للمرأة)) - الاستبعاد؛ فليس هذا من تعاليم الإسلام في شيء، بَلْ الْمَقْصُودُ أَنَّ الزَّوْجَ هُوَ الَّذِي يَمْلِكُ الْبُضْعَ وَالِاسْتِمَاعَ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ بَعْدَهُ: ((وَالزَّوْجُ مَالِكٌ))، وَاللهُ أَعْلَمُ.

(٤) المقولة [١١٦١٦] قوله: ((لا يصح النكاح من غير كفؤ)).

لكن في "الظهيرية"^(١) وغيرها: ((هذا عنده، وعندهما تُعتبر في جانبها أيضاً))....

أن الكفاءة للزوج مُعتبرة أيضاً، وقدّمنا^(٢) أن هذا في الزوج الصغير؛ لأن ذلك ضرر عليه، فما هنا محمول على الكبير^(٣)، ويشير إليه ما قدّمناه^(٤) آنفاً عن "الفتح": ((من أن معنى اعتبار الكفاءة اعتبارها في اللزوم على الأولياء إلخ))، فإنَّ حاصله أن المرأة إذا زوّجت نفسها من كفاءٍ لزم على الأولياء، وإن زوّجت من غير كفاءٍ لا يلزم أو لا يصحُّ بخلاف جانب الرجل، فإنه إذا تزوّج بنفسه مكافئة له أو لا فإنه صحيح لازم، وقال "القهستاني"^(٥): ((الكفاءة لغة: المساواة. وشرعاً: مساواة الرجل للمرأة في الأمور الآتية، وفيه إشعار بأن نكاح الشريف الوضعية لازم، فلا اعتراض للولي بخلاف العكس)) اهـ.

فقد أفاد أن لزومه في جانب الزوج إذا زوّج نفسه كبيراً لا إذا زوّجه الولي صغيراً، كما أن الكلام في الزوجة إذا زوّجت نفسها كبيرة، فبت اعتبار الكفاءة من الجانبين في الصغيرين عند عدم الأب والجد كما حررناه فيما تقدّم^(٦)، والله تعالى أعلم.

[١١٧٥٠] (قوله: لكن في "الظهيرية" إلخ) لوجه للاستدراك بعد ذكره الصحيح، فإنه حيث ذكر القولين كان حق التركيب تقديم الضعيف والاستدراك عليه بالصحيح كما فعل

(قوله: ويشير إليه ما قدّمناه آنفاً عن "الفتح" إلخ) الإشارة في عبارة "الفتح" لما قاله في غاية الخفاء إلا بانضمام شيء آخر إليها ممّا ذكره في "الفتح" زيادة عن عبارته السابقة.

(١) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الرابع في نكاح الأيكار والنيب ومعرفة الأكفاء ق ٧٧/١.

(٢) للمقولة [١١٦١٦] قوله: ((لا يصح النكاح من غير كفاء)).

(٣) ((محمول على الكبير)) ساقط من "الأصل".

(٤) للمقولة [١١٧٤٥] قوله: ((الكفاءة معتبرة)).

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل الولي والكفاء ٢٨٢/١.

(٦) للمقولة [١١٦١٦] قوله: ((لا يصح النكاح من غير كفاء)).

(و) الكفاءة (هي حقُّ الوليِّ لا حقُّها).....

في "البحر"^(١)، وذكر: ((أَنَّ ما في "الظَّهْرِيَّة" غريبٌ)) ورَدَّه أيضاً في "البدائع"^(٢) كما بَسَطَهُ في "النَّهْر"^(٣).

[١١٧٥١] [قوله: هي حقُّ الوليِّ لا حقُّها] كذا قال في "البحر"^(٤)، واستشهد له بما ذكره^(٥) "الشَّارح" عن "الولولجية"^(٦)، وفيه نظر، بل هي حقُّ لها أيضاً، بدليل أنَّ الوليَّ لو زَوَّج الصَّغِيرَةَ غيرَ كَفءٍ لا يصحُّ ما لم يكن أباً أو جدّاً غيرَ ظاهرِ الفسق، ولما في "الذَّخيرة" قبيل الفصل السادس: ((من أنَّ الحقَّ في إتمام مهرِ المثل عند "أبي حنيفة" للمرأة وللأولياء كحقِّ الكفاءة، وعندهما للمرأة لا غير)) اهـ.

وظاهرُ قوله: ((كحقِّ الكفاءة)) الاتفاقُ على أنَّه حقُّ لكلِّ منهما، وكذا ما في "البحر"^(٧) عن "الظَّهْرِيَّة"^(٨): ((لو اتَّسَبَ الزَّوْجُ لها نَسَباً غيرَ نَسَبِهِ فَإِنَّ ظَهَرَ دونه وهو ليس بكفءٍ فحقُّ الفسخ ثابتٌ للكلِّ، [٦٨٣/٣] وإن كان كفئاً فحقُّ الفسخ لها دون الأولياء، وإن كان ما ظهرَ فوق ما أخبرَ فلا فسخ لأحدٍ، وعن "الثاني" أنَّ لها الفسخ؛ لأنها عسى تعجزَ عن المقام معه)) اهـ. ومن هذا القبيل ما سيذكره^(٩) "الشَّارح" قبيل باب العِدَّة: ((لو تزَوَّجَتْهُ على أنَّه حرٌّ أو سُنِّيٌّ أو قادرٌ على المهرِ والنَّفَقَةِ فبانَ بخلافه، أو على أنَّه فلانُ ابنُ فلانٍ فإذا هو لقيطٌ أو ابنُ زنا

٣١٧/٢

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٣٧/٣.

(٢) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأمَّا بيان من تعتبر له الكفاءة ٣٢١-٣٢٠/٢.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٧٣/ب و ١٧٤/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٣٧/٣.

(٥) "در" ص ٢٩٠-٢٩١.

(٦) "الولولجية": كتاب النكاح - الفصل الثاني في التوكيل بالنكاح ٤٧/ب.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٣٧/٣.

(٨) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الرابع في نكاح الأبقار والئيب ومعرفة الأكفاء ٧٧/أ.

(٩) انظر "الدر" عند المحقولة [١٥١٨٤] قوله: ((لها الخيار)).

فلو نَكَحَتْ رجلاً ولم تَعْلَمْ حالَهُ، فإذا هو عبدٌ لا خيارَ لها بل للأولياءِ، ولو زَوَّجَها برضاها ولم يعلموا بعدمِ الكفاءة، ثم علموا لا خيارَ لأحدٍ، إلا إذا شَرَطُوا الكفاءةَ، أو أَخْبَرَهُمْ بها وقتَ العقدِ فزَوَّجَها على ذلك، ثم ظَهَرَ أَنَّهُ غيرُ كفءٍ..

لها الخيارُ)) اهـ. ويأتي تمام الكلام على ذلك هناك^(١).

زاد في "البدائع"^(٢) على ما مرَّ^(٣) عن "الظهيرية": ((وإنْ فَعَلَتْ المرأةُ ذلكَ فَتَزَوَّجَها، ثُمَّ ظَهَرَ بِخِلَافٍ ما أَظْهَرَتْ فلا خيارَ للزوج، سواءً تَبَيَّنَ أَنَّها حُرَّةٌ أو أُمَةٌ؛ لأنَّ الكفاءةَ في جانبِ النساءِ غيرُ مُعْتَبَرَةٌ)) اهـ.

وقد يجابُ بأنَّ الكلامَ كما مرَّ^(٤) فيما إذا زَوَّجَتْ نَفْسَها بلا إذنِ الوليِّ، وحينئذٍ لم يَتَّقَ لها حقٌّ في الكفاءة لرضاها بإسقاطها، فبقي الحقُّ للوليِّ فقط، فله الفسخُ.

[١١٧٥٢] (قوله: فلو نَكَحَتْ إلخ) تفريعٌ على قوله: ((لا حقَّها))، وفيه أنَّ التَّصْصِيرَ جاء من قِبَلِها حيث لم تَبَحْثْ عن حالِهِ، كما جاء من قِبَلِها وقِبَلِ الأولياءِ فيما لو زَوَّجَها برضاها^(٥) ولم يَعْلَمُوا بعدمِ الكفاءة ثُمَّ عِلِمُوا، "رحمَتي". وفي كلام "اللولوالية"^(٦) ما يُفِيدُهُ كما يأتي^(٧) قرياً، وعلى ما ذكرناه^(٨) من الجوابِ فَالتَّفْريْعُ صحيحٌ؛ لأنَّ سقوطَ حقِّها إذا رَضِيَتْ ولو من وجهٍ، وهنا كذلك، ولذا لو شَرَطَتْ الكفاءةَ بقي حقُّها.

[١١٧٥٣] (قوله: لا خيارَ لأحدٍ) هذا في الكبيرة كما هو فرضُ المسألة، بدليل قوله:

(١) المقولة [١٥١٨٤] قوله: ((لها الخيار)).

(٢) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأمَّا بيان من تعتبر له الكفاءة ٣٢١/٢ باختصار.

(٣) في هذه المقولة.

(٤) المقولة [١١٥٠١] قوله: ((بعدم جوازه أصلاً)).

(٥) من ((كما جاء)) إلى ((برضاها)) ساقط من "ت".

(٦) "اللولوالية": كتاب النكاح - الفصل الثاني في التوكيل في النكاح ق ٤٧/ب.

(٧) "در" ص ٢٨٦-.

(٨) المقولة [١١٦١١] قوله: ((وإن عرف لا يصحُّ النكاح)).

كان لهم الخيار، "ولوالجية"^(١)، فليحفظ.

(وتُعتبرُ) الكفاءة.....

((نَكَحَتْ رجلاً))، وقوله: ((برضاها))، فلا يُخَالَفُ ما قدَّمناه^(٢) في الباب المارَّ عن "النَّوْزَل": ((لو زَوَّجَ بَنَتَهُ الصَّغِيرَةَ مَنْ يُنْكَرُ أَنَّهُ يَشْرَبُ الْمُسْكِرَ فإذا هو مُدْمِنٌ له، وقالت بعدما كَبُرَتْ: لا أَرْضَى بِالنِّكَاحِ إِنْ لم يكن يَعْرِفُهُ الأبُّ بِشْرِبِهِ، وَكَانَ غَلْبَةُ أَهْلِ بَيْتِهِ صَالِحِينَ فَالنِّكَاحُ باطلٌ؛ لأنَّهُ إِنْما زَوَّجَ عَلَى ظَنٍّ أَنَّهُ كَفءٌ)) اهـ، خلافاً لما ظنَّه "المقدسي" من إثبات المخالفة بينهما كما نبَّه عليه "الخير الرَّمْلِيُّ".

قلت: ولعلَّ وجهَ الفَرْقِ أَنَّ الأبَّ يصحُّ تزويجُهُ الصَّغِيرَةَ من غيرِ الكفاء لمزيدِ شَفَقَتِهِ، وأنَّه إِنْما فَوَّتَ الكفاءةَ لصلحيةِ تَزْيِيدٍ عليها، وهذا إِنْما يصحُّ إِذا عِلِمَهُ غيرَ كفاءٍ، أمَّا إِذا لم يَعْلَمْهُ فلم يَظْهَرْ منه أَنَّهُ زَوَّجَهَا للمصلحةِ المذكورةِ كما إِذا كَانَ الأبُّ ما جُنأَ أو سكران، لكنَّ كَانَ الظَّاهِرُ أَن يُقالَ: لا يصحُّ العَقْدُ أَصْلاً كما في الأبِّ [ب/٦٨ق/٣] المَاجِنِ والسَّكرانِ، مع أَنَّ المَصْرَحَ به أَنَّ لها إِبطالَهُ بعد البلوغ، وهو فرغُ صَحَّتِهِ، فليُتَأَمَّلَ.

[١١٧٥٤] (قوله: كان لهم الخيار) لأنَّه إِذا لم يَشْتَرِطِ الكفاءةُ كان عَدَمُ الرِّضاءِ بَعْدَ الكفاءةِ من الوَلِيِّ ومنها ثابتاً من وجهٍ دون وجهٍ^(٣)؛ لِما ذَكَرنا أَنَّ حالَ الزَّوْجِ مُحْتَمِلٌ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ

(قوله: ولعلَّ وجهَ الفَرْقِ أَنَّ الأبَّ يصحُّ تزويجُهُ إلخ) لا يَظْهَرُ؛ فَإِنَّ مُتَضاهِ أَنَّ محلَّ نفاذِ عَقْدِ الأبِّ من غيرِ كُفءٍ إِذا كان عالماً بَعْدَ الكفاءةِ، مع أَنَّهُمْ لم يَشْتَرِطُوهُ، وَتَبَوَّأَ كَلَامُهُمْ عَلَى أَنَّ الشَّائِنَ في الأبِّ ما ذُكِرَ، والظَّاهِرُ في الفَرْقِ أَنَّ يُقالَ: إِنَّها في مسألةِ "النَّوْزَلِ" لم تَرَضَ بِإِسقاطِ الكفاءةِ، ولم يَوجِدْ ما يَدُلُّ عَلَى رِضا الأبِّ صريحاً حَتَّى يَسْرِيَ في حَقِّها فيبقى لها الخيارُ بعد بُلُوغِها لا الأبُّ؛ لِرِضاها في الجُمْلَةِ، بِخِلافِ ما في "الولوالجية" فَإِنَّ مَنْ باشرَ العَقْدَ أو رَضِيَ به سَقَطَ حَقُّه لِرِضاها ولو من وجهٍ.

(١) "الولوالجية": كتاب النكاح - الفصل الثاني في التوكيل بالنكاح والرسالة والكتابة والكفاءة والمهر والأففة ق ٤٧ ب/ يتصرف.

(٢) المقولة [١١٦١١] قوله: ((وإن عرف لا يصح النكاح)).

(٣) ((وجه)) ساقطة من "الأصل".

لِلزُّومِ النِّكَاحِ خِلَافاً لـ "مَالِكٍ" (نسباً).....

كفناً وأن لا يكون، والنص إنما أثبت حق الفسخ بسبب عدم الكفاءة حال عدم الرضاء بعدم الكفاءة من كل وجه، فلا يثبت حال وجود الرضاء بعدم الكفاءة من وجه، "بحر"^(١) عن "الولوالجية"^(٢).

[١١٧٥٥] (قوله: لِلزُّومِ النِّكَاحِ) أي: على ظاهر الرواية، ولصحته على رواية "الحسن" المختارة للفتوى.

[١١٧٥٦] (قوله: خِلَافاً لـ "مَالِكٍ") في اعتبار الكفاءة خلاف "مَالِكٍ" و"الشرقي" و"الكرخي" من مشايخنا، كذا في "فتح القدير"^(٣)، فكان الأولى ذكر "الكرخي"، وفي "حاشية الدرر" للعلامة "نوح": ((أن الإمام "أبا الحسن" الكرخي والإمام "أبا بكر" الجصاص - وهما من كبار علماء العراق - ومن تبعهما من مشايخ العراق لم يعتبروا الكفاءة في النكاح، ولو لم تثبت عندهم هذه الرواية عن "أبي حنيفة" لما اختاروها، وذهب جمهور مشايخنا إلى أنها معتبرة فيه، ولقاضي القضاة "سراج الدين" الهندي^(٤) مؤلف مستقل في الكفاءة، ذكر فيه القولين على التفصيل، وبين ما لكل منهما من السند والدليل)) اهـ.

[١١٧٥٧] (قوله: نسباً) أي: من جهة النسب، ونظم العلامة "الحموي" ما تعتبر فيه الكفاءة

فقال: [كامل]

إنَّ الكفاءةَ في النِّكَاحِ تكونُ في ست لها بيتٌ بديعٌ قد ضُبطُ
نسبٌ وإسلامٌ كذلك حرفة حريةٌ وديانةٌ مالهٌ فقطُ

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٣٧/٣.

(٢) "الولوالجية": كتاب النكاح - الفصل الثاني في التوكيل بالنكاح ق٤٧/ب.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٨٧/٣.

(٤) هو أبو حفص عمر بن إسحاق بن أحمد، سراج الدين الهندي الغزنوي (٧٧٣هـ). ("الدرر الكامنة" ١٥٤/٣،

و"الفوائد البهية" ص٨٤١-٨). ولم نعر في كتب الزاجم على نسبة هذا المؤلف له.

فقريش) بعضهم (أكفاء) بعض.....

قلت: وفي "الفتاوى الحامدية"^(١) عن "واقعاتٍ قدري أفندي"^(٢) عن "القاعدية"^(٣): ((غير الأب والجد من الأولياء لو زوّج الصّغيرة من عتيّن معروف لم يجرّ؛ لأنّ القدرة على الجماع شرط الكفاءة كالقدرة على المهر والنّفقة، بل أولى)) اهـ.
وأما الكبيرة فسنذكر عن "البحر": ((أنه لو زوّجها الوكيل غنياً محبوباً جاز وإن كان لها التفريق بعد)).

[١١٧٥٨] (قوله: فقريش إلخ) القرشيّان: من جمعهما أب هو النضر بن كنانة فمن دونه، ومن لم يتنسب إلا لأب فوفقه فهو عربي غير قرشي، والنضر هو الجد الثاني عشر للنبي ﷺ، فإنه محمّد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصي [١/٦٩٣] بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن إلياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان. على هذا اقتصر "البخاري"^(٤)، والخلفاء الأربعة كلّهم من قريش، وتأمّمه في "البحر"^(٥).

[١١٧٥٩] (قوله: بعضهم أكفاء بعض) أشار به إلى أنّه لا تفاضل فيما بينهم من الهاشمي والنوفلي والتيمي والعدوي وغيرهم، ولهذا زوّج "علي" - وهو هاشمي - "أمّ كلثوم" بنت "فاطمة"

(١) لم نعثر عليها في "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية".

(٢) واقعات قدري أفندي: هو "الجمع والتدوين" المعروف "بواقعات المفتين": لعبد القادر بن يوسف المشهور بقدري أفندي والمعروف أيضاً بـ: نقيب زاده، القاضي بعسكر روم إيلي (ت ١٠٨٣ هـ). ("خلاصة الأثر" ٤٧٣/٢، "هدية العارفين" ٦٠٢/١ وفيه: نقيب زاده، "الأعلام" ٤٨/٤).

(٣) "الفتاوى القاعدية": للإمام أبي عبد الله محمد بن علي بن أبي القاسم، شمس الدين القاعدي الحنّدي. ("كشف الفنون" ١٢٢٨/٢).

(٤) "البخاري": كتاب المناقب - باب مبعث النبي ﷺ.

(٥) انظر "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٩٣/٣.

(و) بَقِيَّةُ (العرب) بعضهم (أكفاء) بعض، واستثنى في "الملتقى" ^(١) تبعاً لـ "الهداية" ^(٢) بني باهلة لِجِسْمِهِمْ.....

وَالنُّوْفَلِيُّ وَالتَّيْمِيُّ وَالْعَدَوِيُّ وَغَيْرِهِمْ، وَلِهَذَا زَوَّجَ "علي" - وهو هاشمي - أُمَّ كَلْثُومَ "بنت فاطمة" لـ "عمر" وهو عدوي، "تهستاني" ^(٣). فلو تَزَوَّجَتْ هَاشِمِيَّةٌ قُرَشِيًّا غَيْرَ هَاشِمِيٍّ لَمْ يُرَدَّ عَقْدُهَا، وَإِنْ تَزَوَّجَتْ عَرَبِيًّا غَيْرَ قُرَشِيٍّ لَمْ رُدُّهُ كَتَزْوِيجِ الْعَرَبِيَّةِ عَجَمِيًّا، "بجر" ^(٤). وقوله: ((لَمْ يُرَدَّ عَقْدُهَا)) ذَكَرَ مَثْلَهُ فِي "التَّبَيَّن" ^(٥) وَكَثِيرٌ مِنْ شُرُوحِ "الْكَنْز" ^(٦) وَ"الْهُدَايَةِ" ^(٧) وَغَالِبُ الْمُعْتَبَرَاتِ، فَقَوْلُهُ فِي "الْفَيْض": ((الْقُرَشِيُّ لَا يَكُونُ كَفَتْهُ لِلْهَاشِمِيِّ)) كَلِمَةٌ ((لَا)) فِيهِ مِنْ تَحْرِيفِ النَّسَاجِ، "رملي".

٣١٨/٢

[١١٧٦٠] (قوله: وَبَقِيَّةُ الْعَرَبِ أَكْفَاءُ الْعَرَبُ صَنَفَانِ: عَرَبٌ عَرَابَةٌ وَهُمْ أَوْلَادُ قَحْطَانَ، وَمُعَرَّبَةٌ وَهُمْ أَوْلَادُ إِسْمَاعِيلَ، وَالْعَجَمُ أَوْلَادُ قُرُوشَ أَخِي إِسْمَاعِيلَ، وَهُمْ الْمَوَالِي وَالْعَقَقَاءُ، وَالْمَرَادُ بِهِمْ غَيْرُ الْعَرَبِ وَإِنْ لَمْ يَمَسَّهُمْ رِقٌّ، سُمُّوا بِذَلِكَ إِمَّا لِأَنَّ الْعَرَبَ لَمَّا افْتَتَحَتْ بِلَادَهُمْ وَتَرَكْتَهُمْ أَحْرَارًا بَعْدَ أَنْ كَانَ هَؤُلَاءِ الْاِسْتِرْقَاقُ فَكَأَنَّهُمْ أَعْتَقُوهُمْ، أَوْ لِأَنَّهُمْ نَصَرُوا الْعَرَبَ عَلَى قَتْلِ الْكُفَّارِ، وَالنَّاصِرُ يُسَمَّى مَوْلَى، "نهر" ^(٨)).

[١١٧٦١] (قوله: بني باهلة) قال في "الفتح" ^(٩): ((بَاهِلَةٌ فِي الْأَصْلِ: اسْمُ امْرَأَةٍ مِنْ هَمْدَانَ،

(قوله: وَلِهَذَا زَوَّجَ علي - وهو هاشمي - أُمَّ كَلْثُومَ بنت فاطمة لِعُمَرَ - وهو عدوي - إلخ) فيه نظر؛ إذ يجوزُ أَنَّهُ زَوَّجَهَا لَهُ لِإِسْقَاطِ حَقِّهِ فِي الْكِفَاءَةِ نَظَرًا لِمَصْلَحَةِ أُخْرَى.

(١) "ملتنقى الأبحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل تعتبر الكفاءة ٢٤٦/١.

(٢) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ٢٠١/١.

(٣) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل الولي والكفء ٢٨٢/١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٠/٣.

(٥) "تبين الحقائق": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٢٨/٢-١٢٩.

(٦) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - باب الأولياء - فصل في بيان أحكام الأكفاء ١٤٨/١.

(٧) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ٢٠١/١.

(٨) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٤/ب بتصرف.

(٩) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩٠/٣.

والحقُّ الإطلاقيُّ، قاله المصنّف^(١) كـ "البحر"^(٢) و"النهر"^(٣) و"الفتح" و"الشَّرْبِلَالِيَّة"^(٤)، وَيَعْضُدُّهُ إِطْلَاقُ الْمُصَنِّفَيْنِ كـ "الكنز"^(٥) و"الدرر"^(٦)،

كَانَتْ تَحْتَ مَعْنَى بِنِ أَعْصَرَ بِنِ سَعْدِ بِنِ قَيْسِ غِيلَانَ، فَتَسَبَّبَ وَلَدُهُ إِلَيْهَا، وَهَمَّ مَعْرُوفُونَ بِالْحَسَّاسَةِ، قِيلَ: كَانُوا يَأْكُلُونَ بَقِيَّةَ الطَّعَامِ مَرَّةً ثَانِيَةً، وَكَانُوا يَأْخُذُونَ عِظَامَ الْمَيْتَةِ يَطْحَنُونَهَا^(٧) وَيَأْخُذُونَ دُسُومَاتِهَا، وَلِذَا قِيلَ: [مُقَارَب]

وَلَا يَنْفَعُ الْأَصْلُ مِنْ هَاشِمٍ إِذَا كَانَتِ النَّفْسُ مِنْ بَاهِلَةٍ^(٨)

وقيل: [مُقَارَب]

إِذَا قِيلَ لِلْكَلْبِ يَا بَاهِلِي عَوَى الْكَلْبُ مِنْ شَوْمٍ هَذَا النَّسَبِ^(٩)

[١١٧٦٢] (قَوْلُهُ: وَالْحَقُّ الْإِطْلَاقِيُّ) فَإِنَّ النَّصْرَ لَمْ يُفْصَلْ مَعَ أَنَّهُ ﷺ كَانَ أَعْلَمَ بِقِبَالِ الْعَرَبِ وَأَخْلَاقِهِمْ، وَقَدْ أُطْلِقَ، وَلَيْسَ كُلُّ بَاهِلِيٍّ كَذَلِكَ، بَلْ فِيهِمُ الْأَجَوَادُ، وَكَوْنُ فَصِيلَةٍ مِنْهُمْ أَوْ بَطْنٍ صَعَالِيكَ فَعَلُوا ذَلِكَ لَا يَسْرِ فِي حَقِّ الْكَلِّ، "فَتْح"^(١٠).
[١١٧٦٣] (قَوْلُهُ: وَيَعْضُدُّهُ) أَي: يُقَوِّيه.

قُلْتُ: يَعْضُدُّهُ أَيْضًا إِطْلَاقُ "حَمْدٍ"، فِي "كَافِي الْحَاكِمِ": ((قَرِيشٌ بَعْضُهَا أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ،

(١) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الكفاءة ١/ ق ١٢١/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤١/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٤/ب.

(٤) "الشربلية": كتاب النكاح - باب الولي والكفاءة ٣٣٩/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٥) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - باب الأولياء - فصل في بيان أحكام الأكفاء ١٤٨/١.

(٦) "الدرر": كتاب النكاح - باب الولي والكفاءة ٣٣٩/١.

(٧) في هامش "ب": ((قَوْلُهُ: (يَطْحَنُونَهَا) كَذَا بِحَقِّ الْمُؤَلَّفِ، وَالَّذِي فِي كِتَابِ اللَّغَةِ: يَطْبِخُونَهَا، قَالَه نَصْرُ)).

(٨) البيت بلا نسبة في "نوار القلوب" ٢٢٠/١، و"فيات الأعيان" ٩٠/٤، "شرح أبيات المغني" ٢١٧/٢.

(٩) البيت لرجل من عبد القيس، انظر "الكامل": ٨٩٦/٢.

(١٠) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩١/٣ بتصرف.

وهذا في العَرَب (و) أَمَّا فِي الْعَجَمِ فَتُعْتَبَرُ (حُرِّيَّةٌ وَإِسْلَامًا) فَمُسْلِمٌ بِنَفْسِهِ أَوْ مُعْتَقٌ غَيْرُ كَفَاءٍ.....

وَالْعَرَبُ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ [٣/٦٩٩/ب] لِبَعْضٍ، وَلَيْسُوا بِأَكْفَاءٍ لِقُرَيْشٍ، وَمَنْ كَانَ لَهُ مِنَ الْمَوَالِي أَبُوَانٍ أَوْ ثَلَاثَةٌ فِي الْإِسْلَامِ فَبَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ، وَلَيْسُوا بِأَكْفَاءٍ لِلْعَرَبِ)) اهـ.
وَالْحَاصِلُ: أَنَّهُ كَمَا لَا يُعْتَبَرُ التَّفَاوُتُ فِي قُرَيْشٍ - حَتَّى إِنَّ أَفْضَلَهُمْ بَنِي هَاشِمٍ أَكْفَاءٌ لغيرهم منهم - فَكَذَلِكَ فِي بَقِيَّةِ الْعَرَبِ بِلَا اسْتِثْنَاءٍ، وَيُؤْخَذُ مِنْ هَذَا أَنَّ مَنْ كَانَتْ أُمُّهَا عَلَوِيَّةً مَثَلًا وَأَبُوهَا عَجَمِيٌّ يَكُونُ الْعَجَمِيُّ كَفَاءً لَهَا وَإِنْ كَانَ لَهَا شَرَفٌ مَا؛ لِأَنَّ النَّسَبَ لِلآبَاءِ، وَلِهَذَا جَازَ دَفْعُ الزَّكَاةِ إِلَيْهَا، فَلَا يُعْتَبَرُ التَّفَاوُتُ بَيْنَهُمَا مِنْ جِهَةِ شَرَفِ الْأُمِّ، وَلَمْ أَرَ مَنْ صَرَّحَ بِهَذَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

[١١٧٦٤] (قَوْلُهُ: وَهَذَا فِي الْعَرَبِ) أَي: اعْتِبَارُ النَّسَبِ إِنَّمَا يَكُونُ فِي الْعَرَبِ، فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِمْ الْإِسْلَامُ كَمَا فِي "الْمَحِيطِ" وَ"النَّهَائَةِ" وَغَيْرَهُمَا، وَلَا الدِّيَانَةُ كَمَا فِي "النَّظْمِ"، وَلَا الْحِرْفَةُ كَمَا فِي "الْمُضْمَرَاتِ"؛ لِأَنَّ الْعَرَبَ لَا يَتَّخِذُونَ هَذِهِ الصَّنَائِعَ حِرْفًا، وَأَمَّا الْبَاقِي - أَي: الْحُرِّيَّةُ وَالْمَالُ - فَالظَّاهِرُ مِنْ عِبَارَاتِهِمْ أَنَّهُ مُعْتَبَرٌ، "قَهْستاني" ^(١)، لَكِنْ فِيهِ كَلَامٌ سَتَعْرِفُهُ فِي مَوَاضِعِهِ.

[١١٧٦٥] (قَوْلُهُ: وَأَمَّا فِي الْعَجَمِ) الْمُرَادُ بِهِمْ مَنْ لَمْ يَنْتَسِبْ إِلَى إِحْدَى قِبَائِلِ الْعَرَبِ، وَيُسَمُّونَ الْمَوَالِي وَالْعَقْدَاءَ كَمَا مَرَّ ^(٢)، وَعَامَّةُ أَهْلِ الْأَمْصَارِ وَالْقُرَى فِي زَمَانِنَا مِنْهُمْ، سِوَاءَ تَكَلُّمِهِمَا بِالْعَرَبِيَّةِ أَوْ غَيْرِهَا، إِلَّا مَنْ كَانَ لَهُ مِنْهُمْ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ كَالْمُنْتَسِبِينَ إِلَى أَحَدِ الْخُلَفَاءِ الْأَرْبَعَةِ أَوْ إِلَى الْأَنْصَارِ وَغَوِيهِمْ.

[١١٧٦٦] (قَوْلُهُ: فَتُعْتَبَرُ حُرِّيَّةٌ وَإِسْلَامًا) أَفَادَ أَنَّ الْإِسْلَامَ لَا يَكُونُ مُعْتَبَرًا فِي حَقِّ الْعَرَبِ كَمَا اتَّفَقَ عَلَيْهِ "أَبُو حَنِيفَةَ" وَصَاحِبَاهُ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَتَفَاخَرُونَ بِهِ، وَإِنَّمَا يَتَفَاخَرُونَ بِالنَّسَبِ، فَعَرَبِيٌّ لَهُ أَبٌ

(١) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل الولي والكفاءة ٢٨٣/١ - بتصرف.

(٢) المقولة [١١٧٦٠] قوله: ((وبقية العرب أكفاء)).

كافرٌ يكونُ كفناً لعربيةٍ لها آباءٌ في الإسلام، وأمّا الحريةُ فهي لازمةٌ للعرب؛ لأنه لا يجوزُ استرقاقهم، نعم الإسلامُ مُعتَبَرٌ في العَرَبِ بالنَّظَرِ إلى نفسِ الزَّوْجِ لا إلى أبيه وحده، فعلى هذا فالنَّسَبُ مُعتَبَرٌ

(قوله: وأمّا الحريةُ فهي لازمةٌ للعرب إلخ) قد يُتَصَوَّرُ فيهم الرِّقُّ، كما لو تزوّج العربيُّ أمةَ الغير وجاءت بأولادٍ فإنهم أرقاءُ تبعاً لأمتهم مع كونهم من العرب، أو ارتدّت العربيةُ وَلَجَتْ ثُمَّ اسْتَرْقَتْ فجاءت بأولادٍ من زوجٍ عربيٍّ لم يُسْتَرْطَ حرّيتهم، أو نحو ذلك. وفي "الشَّرْهُبَلَاءِ" من فصل الجزية، عند قوله: ((لا على ونّني عربيٍّ، أي: لا يوضعُ عليه الجزيةُ)) ما نصّه: ((فإنّ ظهرَ عليهم فِعْرُسُهُ وطفلهُ فيء، كذا في "التّيين"؛ لأنّ النّبيَّ عليه السّلام: ((كان يَسْتَرْقِي ذُراريَ مُشْرِكِي العرب))، وأبو بكر: ((استرقَّ نساءَ بني حنيفةَ وصبيانهم)). وإذا ظهر على عبدةِ الأوثان من العرب والمرتدين فسناؤهم وصبيانهم فيء إلا أنّ نساءَ المرتدين وذرايعهم يُجْبَرُونَ على الإسلام دون ذُراري عبدةِ الأوثان ونسائهم)) اهـ. ثم رأيتُ في "شرح المنتقى" لـ "الشُّوكاني" من باب جواز استرقاق العرب من الجزء السابع ما يُؤَيِّدُ هذا البحث، ((وأن بني ناجيةً^(١) ذكورهم وإناتهم استرقوا وصار بيعهم كما هو مشهورٌ في كُتُب السِّير، وبنو ناجيةٍ من قريش فكيف ساءت لهم مخالفتُهُ)) اهـ. ثم رأيتُ في "البرازية" من الفصل الرابع من القضاء ما نصّه - معزواً لآخر "السِّير الكبير" -: ((ولو رأى الإمام أن يُسَمَّى مشركو العرب فسبوا جاز؛ لأنّ مذهبَ الإمام "الشّافعي" جوازُ سبّهم)) اهـ. وقال "أبو السُّعود" في "حاشية الأشباه" من كتاب السِّير، عند قوله: ((المرتدُّ أقبَحُ كُفْراً من الأصليِّ)) - نقلاً عن "الولولاجية": ((الكفر^(٢)) من المرتدِّ أغْلَطُ من كُفْرِ مُشْرِكِي العرب، ومُشْرِكُو العرب لا يُقْبَلُ منهم الصِّلْحُ والذِّمَّةُ لكن ندعوهم إلى الإسلام؛ فإن أسلموا وإلا قُتِلوا، وكذا عبدةِ الأوثان منهم، أمّا أهلُ الكتاب منهم فهم كغيرهم يجوزُ تركُهم بالذِّمَّةِ أو بالاسترقاق، وفي "المبسوط": ((وأهلُ الكتاب من العرب حُكْمُهُمْ حُكْمُ غَيْرِهِمْ من أهل الكتاب، حتّى يجوزُ استرقاقهم وأخذُ الجزيةَ منهم؛ لأنّهم ليسوا من العرب في الأصل وإن توطنوا أرضَ العرب بل هم في الأصل من بني إسرائيل)) اهـ.

(١) يُسَمَّوْنَ إلى أمتهم ناجيةً، وهي امرأةُ سامةَ بن لوي. ("الأنساب" ١٠/١٢).

(٢) الذي في "المقريرات": ((للكفر))، وما أثبتناه هو الموافق لعبارة "الولولاجية": كتاب السِّير - الفصل التاسع: فيما

لِمَنْ أبوها مسلمٌ، أو حرٌّ، أو مُعْتَقٌ وأُمُّها حُرَّةُ الْأَصْلِ، وَمَنْ أبوه مسلمٌ أو حرٌّ غَيْرُ كَفٍّ لِدَاتِ آبَوَيْنِ.

(وَأَبَوَانِ فِيهِمَا كَالْآبَاءِ) لَتِمَامِ النَّسَبِ بِالْجَدِّ، وَفِي "الْفَتْحِ":

فِي الْعَرَبِ فَقَطْ، وَإِسْلَامُ الْأَبِ وَالْجَدِّ فِي الْعَمِّ فَقَطْ، وَالْحُرِّيَّةُ فِي الْعَرَبِ وَالْعَمِّ، وَكَذَا إِسْلَامُ نَفْسِ الزَّوْجِ، هَذَا حَاصِلُ مَا فِي "الْبَحْرِ"^(١).

[١١٧٦٧] (قَوْلُهُ: لِمَنْ أبوها مسلمٌ) رَاجِعٌ إِلَى قَوْلِهِ: ((مُسْلِمٌ بِنَفْسِهِ))، "ح"^(٢).

[١١٧٦٨] (قَوْلُهُ: أَوْ حُرٌّ أَوْ مُعْتَقٌ) كُلُّ مِنْهُمَا رَاجِعٌ لِقَوْلِهِ: ((أَوْ مُعْتَقٌ))، "ح"^(٣).

[١١٧٦٩] (قَوْلُهُ: وَأُمُّها حُرَّةُ الْأَصْلِ) لِأَنَّ الزَّوْجَ الْمُعْتَقَ فِيهِ أَثَرُ الرِّقِّ وَهُوَ الْوَلَاءُ، وَالْمَرَأَةُ لَمَّا كَانَتْ أُمُّها حُرَّةُ الْأَصْلِ كَانَتْ هِيَ حُرَّةُ الْأَصْلِ، "بَحْر"^(٤) عَنْ "التَّجْنِيسِ". أَمَّا لَوْ كَانَتْ أُمُّها رَقِيقَةً فَهِيَ تَبَعٌ لِأُمِّها فِي الرِّقِّ، فَيَكُونُ الْمُعْتَقُ [٣/٧٠ق] كَفًّا لَهَا، بِخِلَافِ مَا لَوْ كَانَتْ أُمُّها مُعْتَقَةً؛ لِأَنَّهَا أَبَا فِي الْحُرِّيَّةِ لِقَوْلِهِ فِي "الْبَحْرِ"^(٥): ((وَالْحُرِّيَّةُ نَظِيرُ الْإِسْلَامِ))، أَفَادَهُ "ط"^(٦).

[١١٧٧٠] (قَوْلُهُ: لِدَاتِ آبَوَيْنِ) أَي: فِي الْإِسْلَامِ وَالْحُرِّيَّةِ، "ط"^(٧).

[١١٧٧١] (قَوْلُهُ: وَأَبَوَانِ فِيهِمَا كَالْآبَاءِ) أَي: فَمَنْ لَهُ أَبٌ وَجَدَّ فِي الْإِسْلَامِ أَوْ الْحُرِّيَّةِ كَفٍّ لِمَنْ لَهُ آبَاءٌ، قَالَ فِي "فَتْحِ الْقَدِيرِ"^(٨): ((وَالْحَقُّ "أَبُو يَوْسُفَ" الْوَاحِدَ بِالْمَثْنَى كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ فِي التَّعْرِيفِ، أَي: فِي الشَّهَادَاتِ وَالِدَّاعَاوَى، قِيلَ: كَأَنَّ "أَبَا يَوْسُفَ"^(٩) إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ فِي مَوْضِعٍ

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء - فصل في الكفاءة ١٤١/٣.

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب الكفاءة ق ١٦٢/١.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب الكفاءة ق ١٦٢/١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء - فصل في الكفاءة ١٤١/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء - فصل في الكفاءة ١٤١/٣.

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٣/٢.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٣/٢.

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩١/٣.

(٩) الذي في "النسخ": ((وكان أبا يوسف)) وما أثبتناه من عبارة "الفتح".

((ولا يُعَدُّ مكافأةً مسلمٌ بنفسِهِ لمَحْتٍ بنفسِهِ))، وأَمَّا مُعْتَقُ الوَضِيعِ فلا يَكْفِي مُعْتَقَةَ الشَّرِيفِ،

لا يُعَدُّ كَفْرُ الْجَدِّ عِيًّا بَعْدَ أَنْ كَانَ الْأَبُ مُسْلِمًا، وَهَذَا قَالَاهُ فِي مَوْضِعٍ يُعَدُّ عِيًّا، وَالْبَدِيلُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهُمْ قَالُوا جَمِيعًا: إِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ عِيًّا فِي حَقِّ الْعَرَبِ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يُعِيرُونَ فِي ذَلِكَ، وَهَذَا حَسَنٌ، وَبِهِ يَنْتَفِي الْخِلَافُ)) اهـ، وَتَبِعَهُ فِي "النَّهْرِ"^(١).

[١١٧٧٢] (قَوْلُهُ: وَلَا يُعَدُّ إلخ) ظَاهِرُهُ أَنَّهُ قَالَهُ تَفَقُّهًا، وَقَدْ رَأَيْتُهُ فِي "الذَّخِيرَةِ"، وَنَصُّهُ: ((ذَكَرَ "ابْنُ سَمَاعَةَ" فِي الرَّجُلِ يُسْلِمُ وَالْمَرْأَةُ مُعْتَقَةٌ: أَنَّهُ كَفَاءٌ لَهَا)) اهـ.

وَوَجْهُهُ أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ وَهُوَ حُرٌّ وَعَتَقَتْ وَهِيَ مُسْلِمَةٌ يَكُونُ فِيهِ أَثَرُ الْكُفْرِ فِيهَا أَثَرُ الرَّقِّ وَهَذَا مُتَقَبَّضٌ، وَفِيهِ شَرْفٌ حُرِّيَّةِ الْأَصْلِ وَفِيهَا شَرْفُ إِسْلَامِ الْأَصْلِ وَهَذَا مُكْمَلَانٌ، فَتَسَاوَا. بَقِيَ مَا لَوْ كَانَ بِالْعَكْسِ بَأَنَّ أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ وَعَتَقَ الرَّجُلُ، فَالظَّاهِرُ أَنَّ الْحُكْمَ كَذَلِكَ بِشَرْطِ أَنْ لَا^(٢) يَكُونَ إِسْلَامُهُ طَارِئًا، وَإِلَّا فَفِيهِ أَثَرُ الْكُفْرِ وَأَثَرُ الرَّقِّ مَعًا، فَلَا يَكُونُ كَفَاءً لِمَنْ فِيهَا أَثَرُ الْكُفْرِ قَطُّ، تَأَمَّلْ.

[١١٧٧٣] (قَوْلُهُ: وَأَمَّا مُعْتَقُ الْوَضِيعِ إلخ) عَزَّاهُ فِي "الْبَحْرِ"^(٣) إِلَى "الْمُجْتَبَى"، وَمِثْلُهُ فِي "الْبَدَائِعِ"^(٤)، قَالَ: ((حَتَّى لَا يَكُونَ مَوْلَى الْعَرَبِ كَفَاءً لِمَوْلَاةِ بَنِي هَاشِمٍ، حَتَّى لَوْ زَوَّجَتْ مَوْلَاةُ بَنِي هَاشِمٍ نَفْسَهَا مِنْ مَوْلَى الْعَرَبِ كَانَ لِمُعْتَقِهَا حَقُّ الْإِعْتِرَاضِ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ، قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «الْوَلَاءُ لِحِمَّةٍ كُلُّ حِمَّةٍ النَّسَبُ»^(٥))) اهـ، وَمِثْلُهُ فِي "الذَّخِيرَةِ".

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/أ.

(٢) ((لا)) ساقطة من "الأصل".

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤١/٣.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: ومنها الحرية ٣١٩/٢.

(٥) أخرجه ابن حبان في "صحيحه" (٤٩٥٠) كتاب البيوع - باب البيع المنهي عنه، والحاكم في "المستدرک" ٣٤١/٤ وقال: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٠/٢٩٢ كتاب الولاء - باب مَنْ أَعْتَقَ مُلْكًا لَهُ. والشافعي كما في "مسنده" ٣٨٨-٣٨٩، وأبو نعيم في "مسند أبي حنيفة" ١٧٤-١، وابن عبد البر في "المهمل" ٦٩/٣، وأورده ابن حجر في "التلخيص الجليل" ٤/٢١٣. كلهم من حديث ابن عمر مرفوعاً.

وَأَمَّا مُرْتَدٌّ أَسْلَمَ فَكَفَّ لِمَنْ لَمْ يَرْتَدَّ، وَأَمَّا الْكَفَاءَةُ بَيْنَ الذَّمِيِّينَ فَلَا تُعْتَبَرُ.....

وَذَكَرَ "الشَّارَحُ" ^(١) فِي كِتَابِ الْوَلَاءِ: ((الْكَفَاءَةُ تُعْتَبَرُ فِي وَلَاءِ الْعَتَاقَةِ، فَمُعْتَقَةُ التَّاجِرِ كَفَاءٌ لِمُعْتَقِ الْعَطَّارِ دُونَ الدُّبَاغِ)) اهـ.

وَيُشْكِلُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرَهُ فِي "الْبِدَائِعِ" ^(٢) أَيْضًا قَبْلَ مَا قَدَّمْنَاهُ ^(٣) حَيْثُ قَالَ: ((وَمَوَالِي الْعَرَبِ أَكْفَاءٌ لِمَوَالِي قُرَيْشٍ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ ﷺ: «وَالْمَوَالِي بَعْضُهُمْ أَكْفَاءُ لِبَعْضٍ» ^(٤))) اهـ، فَتَأْمَلْ.

(تَنْبِيْهٌ)

مَوْلَى الْمَوَالِي لَا يُكَافِي مَوْلَاةَ الْعَتَاقَةِ، قَالَ فِي "الذَّخِيرَةِ": ((رَوَى "الْمُعَلَّى" عَنْ "أَبِي يُوسُفَ": أَنَّ مَنْ أَسْلَمَ عَلَى يَدِي إِنْسَانٍ لَا يَكُونُ كَفَاءً لِمَوَالِي الْعَتَاقَةِ، وَفِي "شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ": "مُعْتَقَةُ أَشْرَفِ الْقَوْمِ تَكُونُ كَفَاءً لِّلْمَوَالِي؛ لِأَنَّ لَهَا شَرَفَ الْوَلَاءِ، وَلِلْمَوَالِي [ق/٧٠/ب] شَرَفُ إِسْلَامِ الْآبَاءِ)) اهـ.

[١١٧٧٤] (قَوْلُهُ: وَأَمَّا مُرْتَدٌّ أَسْلَمَ [ح] نَقَلَهُ فِي "الْبَحْرِ" ^(٥) عَنْ "الْقَنِيَةِ" ^(٦) وَسَكَتَ عَلَيْهِ، وَكَأَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى مُرْتَدٍّ لَمْ يُظَلِّ زَمَنُ رِدَّتِهِ، وَلِذَا لَمْ يُقَيِّدْهُ بِاللَّحَاقِ بِدَارِ الْحَرْبِ؛ لِأَنَّ الْمُرْتَدَّ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ يُقْتَلُ إِنْ لَمْ يُسَلِّمْ، أَمَّا مَنْ ارْتَدَّ وَطَالَ زَمَنُ رِدَّتِهِ حَتَّى اسْتَهْرَ بِذَلِكَ، وَلَحِقَ أَوَّلًا؛

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٣٠٥٧٨] قوله: ((في ولاء العتاقة)).

(٢) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما الثالث في بيان ما تعتبر فيه الكفاءة ٣١٩/٢.

(٣) في المقولة نفسها.

(٤) أخرجه البيهقي في "السنن الكبرى" ١٣٤/٧ كتاب النكاح - باب اعتبار الصنعة في الكفاءة بأسانيد عديدة، وكلها ضعيفة، عن عدد من الصحابة، وفي "معرفة السنن والآثار" (١٣٦٧٩) كتاب النكاح - باب اعتبار الكفاءة، والبرار في مسنده ١١٢/٧ رقم (٢٦٧٧)، وأورده الهيثمي في "مجمع الروائد" ٢٧٥/٤ من حديث معاذ بن جبل، وقال: ((وفيه سليمان بن أبي الحون، ولم أجد من ذكره، وبقي رجاله رجال الصحيح)) وانظر بقية الطرق عند البيهقي وفي "فتح القدير" ١٨٨/٣ - ١٨٩.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤١/٣.

(٦) "القنية": كتاب النكاح - باب في الكفاءة ق ١/٣٤.

إِلَّا لَفِتْنَةٍ.

(و) تُعْتَبَرُ فِي الْعَرَبِ وَالْعَجَمِ (دِيَانَةً) أَي: تَقْوَى،

ثُمَّ أَسْلَمَ فِينِيعِي أَنْ لَا يَكُونَ كَفْتًا لِمَنْ لَمْ تَرْتَدَّ، فَإِنَّ الْعَارَ الَّذِي يَلْحَقُهَا بِهَذَا أَعْظَمُ مِنَ الْعَارِ بِكَافِرٍ أَصْلِي^١ أَسْلَمَ بِنَفْسِهِ، فَلْيُتَأَمَّلْ.

[١١٧٧٥] (قَوْلُهُ: إِلَّا لَفِتْنَةٍ) أَي: لَذْفَعِهَا، قَالَ فِي "الْفَتْحِ"^(١) عَنْ "الأَصْل": ((إِلَّا أَنْ يَكُونَ نَسَبًا مَشْهُورًا كَبْنَتِ مَلِكٍ مِنْ مَلُوكِهِمْ خَدَعَهَا حَائِكٌ أَوْ سَائِسٌ، فَإِنَّهُ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمْ لَا لِعَدَمِ الْكِفَاءَةِ بَلْ لِتَسْكِينِ الْفِتْنَةِ، وَالْقَاضِي مَأْمُورٌ بِتَسْكِينِهَا بَيْنَهُمْ كَمَا بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ^(٢))) اهـ.

[١١٧٧٦] (قَوْلُهُ: وَتُعْتَبَرُ فِي الْعَرَبِ وَالْعَجَمِ إلخ) قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٣): ((وِظَاهِرُ كَلَامِهِمْ أَنَّ التَّقْوَى مُعْتَبَرَةٌ فِي حَقِّ الْعَرَبِ وَالْعَجَمِ، فَلَا يَكُونُ الْعَرَبِيُّ الْفَاسِقُ كَفَوًا لِصَالِحَةٍ عَرَبِيَّةٍ كَانَتْ أَوْ عَجَمِيَّةً)) اهـ.

قَالَ فِي "النَّهْرِ"^(٤): ((وَصَرَّحَ بِهَذَا فِي "إِبْضَاحِ الْإِصْلَاحِ" عَلَى أَنَّهُ الْمَذْهَبُ)) اهـ.

وَذَكَرَ فِي "الْبَحْرِ"^(٥) أَيْضًا: ((أَنَّ ظَاهَرَ كَلَامِهِمْ إِعْتِبَارُ الْكِفَاءَةِ مَالًا فِيهِمَا أَيْضًا)).

قُلْتُ: وَكَذَا حَرْفَةٌ كَمَا يَظْهَرُ مِمَّا نَذَكَّرُهُ^(٦) عَنْ "الْبَدَائِعِ".

[١١٧٧٧] (قَوْلُهُ: دِيَانَةً) أَي: عِنْدَهُمَا، وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَقَالَ "مُحَمَّدٌ": لَا تُعْتَبَرُ إِلَّا إِذَا كَانَ

يُصَفِّعُ وَيُسَخَّرُ مِنْهُ، أَوْ يُخْرِجُ إِلَى الْأَسْوَاقِ سَكَرَانًا وَيَلْعَبُ بِهِ الصَّبِيَانُ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَخَفٌّ بِهِ،

(١) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْكِفَاءَةِ ١٩١/٣.

(٢) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((كَذَا فِي "الْبَحْرِ")) ق ١٥٩/أ.

(٣) "الْبَحْرِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ - فَصْلُ فِي الْكِفَاءَةِ ١٤٢/٣.

(٤) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ - فَصْلُ فِي الْكِفَاءَةِ ١٧٥/أ.

(٥) "الْبَحْرِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ - فَصْلُ فِي الْكِفَاءَةِ ١٤٢/٣.

(٦) الْمُقُولَةُ [١١٧٨٦] قَوْلُهُ: ((وَحَرْفَةٌ)).

فليس فاسقٌ كفئاً لصالحٍ أو فاسقةٌ.....

"هداية"^(١). ونَقَلَ في "الفتح"^(٢) عن "الحيط": ((أَنَّ الفتوى على قول "محمدٍ"))، لكنَّ الذي في "التَّارِخَانِيَّة"^(٣) عن "الحيط"^(٤): ((قِيلَ: وعليه الفتوى))، وكذا في "المقدسي" عن "الحيط الرهاني"^(٥)، ومثله في "الذَّخِيرَة"، قال في "البحر"^(٦): ((وهو موافقٌ لِمَا صَحَّحَهُ في "المبسوط"^(٧)، وتصحيحُ "الهداية"^(٨) مُعَارِضٌ لَهُ، فالإفتاء بما في المتون أَوْلَى)) اهـ.

[١٧٧٨] (قَوْلُهُ: فليس فاسقٌ إلخ) اعلم أَنَّهُ قال في "البحر"^(٩): ((وَوَقَعَ لي تَرَدُّدٌ فيما إذا كانت صالحةً دونَ أبيها، أو كان أبوها صالحاً دونها هل يكون الفاسقُ كفئاً لها أو لا؟ فظاهِرُ

(قَوْلُهُ: فالافتاء بما في المتون أَوْلَى) هذا ظاهرٌ إذا تساوى كِلَا التَّصْحِيحَيْنِ، كأنَّ عِبْرَ عن كُلِّ بلفظِ الصَّحِيحِ، وإلَّا بَأَنَّ عِبْرَ عَمَّا في "المبسوط" بالأصحَّ، أو نحوهُ ممَّا هو أقوى من الصَّحِيحِ، فالإفتاء بما في "المبسوط" أَوْلَى إلَّا أَنْ يَقَالَ: إِنَّ تصحيحَ ما فيه قد ضَعُفَ بما في "الحيط" و"الذَّخِيرَة"؛ حيث عِبْرَ عنه بقيل اهـ. وقَوْلُهُ: وتصحيحُ "الهداية" مُعَارِضٌ إلخ) فيه أَنَّ ما فيها ليس تصحيحاً لاعتبار الدِّيَانَةِ في الكفاءة، بل معناه، كما في شَرَّاحها: أَنَّ اقْتِرَانَ "أبي حنيفة" مع "أبي يوسف" حتَّى تكونَ الكفاءة في الدِّين قولهما جميعاً هو الصَّحِيحُ، وهو احترازٌ عن روايةٍ أُخرى عن "أبي حنيفة" موافقةٌ لِمَا قاله "محمد"، أو عَمَّا رُوِيَ عن "أبي يوسف": أَنَّ الفاسقَ إذا كان ذا مَرُوعَةٍ يكونُ كَفُؤاً.

(١) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ٢٠١/١.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩٢/٣.

(٣) "التارخانية": كتاب النكاح - الفصل الخامس عشر في الكفاءة ٦٢/٣-٦٣.

(٤) "الحيط الرهاني": كتاب النكاح - الفصل السادس في الكفاءة ق ١٩١/ب.

(٥) انظر النقل السابق. وقد سبق وذكرنا ١٤٧/١ أَنَّ "الفتح" إنما ينقل عن "الحيط" للسرخصي، بينما تنقل "التارخانية" عن "الحيط الرهاني"، وعليه فليس هذا اختلافاً في النقل عن "الحيط"، بل هما عبارتان لمؤلفين مختلفين، فلينبه.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤١/٣-١٤٢ باختصار.

(٧) "المبسوط": كتاب النكاح - باب الأكفاء ٢٥/٥.

(٨) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ٢٠١/١.

(٩) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٢/٣.

كلام الشَّارِحِينَ أَنَّ العِرةَ لِصَلاحِ أبيها وَجَدَّها، فَإِنَّهم قالوا: لا يَكُونُ الفاسِقُ كَفْئاً لِبَنَتِ الصَّالِحِينَ^(١)، واعتَبَرَ في "المَجْمَع" صَلاحَها فقال: فلا يَكُونُ الفاسِقُ كَفْئاً لِلصَّالِحَةِ، وفي "الخاتِية"^(٢): لا يَكُونُ الفاسِقُ كَفْئاً لِلصَّالِحَةِ بَنَتِ الصَّالِحِينَ، فاعتَبَرَ صَلاحَ الكَلِّ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الصَّلاحَ مِها أَوْ مِها آباؤها كافٍ؛ لَعَدَمِ كَوْنِ الفاسِقِ كَفْئاً لها، وَلَمْ أَرَهُ صَريحاً)) اهـ.

وَنازَعَهُ في "النَّهْر"^(٣): ((بِأَنَّ قولَ "الخاتِية"^(٤) أَيْضاً: [٣/٧١ق] إذا كانَ الفاسِقُ مُحْتَرماً مُعْظِماً عِندَ النَّاسِ كَأَعوانِ السُّلطانِ يَكُونُ كَفْئاً لِبَناتِ الصَّالِحِينَ، وَقَالَ بَعْضُ مِشايخِ بَلْخِ: لا يَكُونُ مُعْلِماً كانَ أَوْ لا، وَهُوَ اختِيارُ "ابنِ الفِضَل" اهـ يَقْتَضِي اعتبارَ الصَّلاحِ مِها حِثِّ الآبَاءِ فَقَطْ، وَهَذا هُوَ الظَّاهِرُ، وَحِثْنُهُ فلا اعتبارَ بِفِسْقِها)) اهـ. أَيْ: إذا كانتَ فاسِقَةً بَنَتَ صالِحٌ لا يَكُونُ الفاسِقُ كَفْئاً لها؛ لِأَنَّ العِرةَ لِصَلاحِ الأبِّ، فلا يُعْتَبَرُ فِسْقُها، وَيُؤَيِّدُهُ أَنَّ الكِفاةَ حَقُّ الأُولِيا عِندَ إِسْقَاطِها هِما؛ لِأَنَّ الصَّالِحَ يُعَيَّرُ بِمِصْاهرةِ الفاسِقِ، لَكِنَّ ما نَقَلَهُ في "البَحْر" عِنا "الخاتِية" يَقْتَضِي اعتبارَ صَلاحِها أَيْضاً كِما مرَّ^(٥)، وَحِثْنُهُ فِيمِكينَ حَمْلُ كِلامِ "الخاتِية" الثَّانِي عِليه بِناءً عِلى أَنَّ بَنَتِ الصَّالِحَ صالِحَةٌ غالِبا، قالَ في "الخواشي اليعقوبِيَّة"^(٦): ((قولُهُ: فليسَ فاسِقٌ كَفْءٌ بَنَتِ صالِحٌ فِها

((قولُهُ: يَقْتَضِي اعتبارَ الصَّلاحِ مِها حِثِّ الآبَاءِ إلخ)) فِها أَنَّ عِبارَةَ "الخاتِية" هَذا لا تَدُلُّ عِلى أَنَّ العِرةَ لِصَلاحِ الآبَاءِ فَقَطْ بَلْ ما فِها ذاكَّ عِلى أَنَّهُ لا يَكُونُ كَفْئاً لِبَناتِ الصَّالِحِينَ، وَهُوَ لا يَدُلُّ عِلى أَنَّهُ لا عِرةَ مُعْجَرَدَ صَلاحِها.

(١) عِبارَةُ "البَحْر": ((لِلصَّالِحَةِ بَنَتِ الصَّالِحِينَ))، وَعَلَّقَ ابنُ عابِدِينَ عِلى زِيادةِ هَذا الكِلمَةِ ((لِلصَّالِحَةِ)) في "حاشِيتِها" عِلى "البَحْرِ الرائِقِ" بِقولِهِ: ((لِلفظِ الصَّالِحَةِ زائِدٍ مِنا الكِتابِ، فَإِنَّ الَّذِي في شِرواحِ "الهِدَايةِ" كَ "الْفَتْحِ" وَ"المِعرَاجِ" وَ"غَايَةِ البَيانِ": لو نَكَحْتَ امْرَأَةً مِها بَناتِ الصَّالِحِينَ فاسِقاً كانَ للأُولِيا عِنا حَقُّ الرَّدِّ)) اهـ.

(٢) "الخاتِية": كِتابُ النِّكاحِ - فَصَلٌ في الكِفاةِ ٣٥٠/١ (هامِشُ الفِتاوى الهِندِيَّة).

(٣) "النَّهْر": كِتابُ النِّكاحِ - بابُ الأُولِيا وَالْإِكْفاءِ - فَصَلٌ في الكِفاةِ ق ١٧٥/١ بِتِصْرفِ.

(٤) "الخاتِية": كِتابُ النِّكاحِ - فَصَلٌ في الكِفاةِ ٣٥٠/١.

(٥) في المِقولَةِ نَفْسِها.

(٦) مرَّت تِرجَمَها في ٥٧٤/١.

كلام، وهو أنَّ بنت الصَّالِح يُحتمَلُ أن تكونَ فاسقةً فيكونَ كفئاً كما صرَّحُوا به، والأولى ما في "المجموع"، وهو أنَّ الفاسق ليس كفئاً للصَّالِحَة، إلَّا أن يُقالَ: الغالبُ أنَّ بنت الصَّالِح صالحةٌ، وكلامُ "المصنِّف" بناءً على الغالب اهـ، ومثله قولُ "القهستاني"^(١)، أي: ((وهي صالحةٌ))، وإنَّما لم يذكُرْ لأنَّ الغالب أن تكونَ البنتُ صالحةً بصلاحيِّه اهـ، وكذا قال "المقدسي".

قلت: اقتصرأهم بناءً على أنَّ صلاحها يُعرَفُ بصلاحيِّهم لخفاءِ حالِ المرأةِ غالباً، لا سيما الأُبكارُ والصَّغائرُ)) اهـ.

٣٢٠/١

وفي "الذَّخيرة": ((ذكرَ "شيخ الإسلام": أنَّ الفاسق لا يكونَ كفئاً للعدل عند "أبي حنيفة"، وعن "أبي يوسف" و"محمَّد": أنَّ الذي يسكرُ إنَّ كان يُسيرُ ذلك ولا يخرُجُ سكرانٌ كان كفئاً لامرأةٍ صالحةٍ من أهل البيوتات، وإنَّ كان يُعلنُ ذلك فلا، قيل: وعليه الفتوى)) اهـ.

قلت: والحاصلُ أنَّ المفهوم من كلامهم اعتبارُ صلاحِ الكلِّ، وأنَّ من اقتصرَ على صلاحها أو صلاحِ آبائها نظرٌ إلى الغالب من أنَّ صلاحَ الولد والوالد متلازمان، فعلى هذا فالفاسقُ لا يكونُ كفئاً لصَّالِحَة بنتِ صالحٍ، بل يكونُ كفئاً لفاسقةٍ بنتِ فاسقٍ، وكذا لفاسقةٍ بنتِ صالحٍ كما نقلَهُ في "البيقويَّة"، فليس لأبيها حقُّ الاعتراضِ؛ لأنَّ ما يلحقُهُ من العارِ ببنْتِهِ أَكْثَرُ من العارِ بصهره، وأمَّا إذا كانت صالحةً بنتُ فاسقٍ، فزوَّجَتْ نفسها من فاسقٍ فليس لأبيها حقُّ الاعتراضِ؛ لأنَّه مثله، وهي قد رَضِيَتْ به، وأمَّا إذا كانت صَغِيرَةً فزوَّجَهَا أبوها من فاسقٍ فإنَّ كان عالماً بفسقِهِ صَحَّ العقدُ، ولا خيارَ لها إذا كَبُرَتْ؛ لأنَّ الأب [٣/٧١ق/ب] له ذلك ما لم يكن ماجناً كما مرَّ^(٢) في الباب السَّابِق، وأمَّا إذا كان الأبُ صالحاً وظَنَّ الزَّوْجَ صالحاً فلا يصحُّ، قال في "البرازية"^(٣): ((زَوْجَ بَنْتِهِ من رجلٍ ظَنَّهُ مُصْلِحاً لا يَشْرَبُ مُسْكِراً فإذا هو مُدْمِنٌ،

(١) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل الولي والكفء ٢٨٣/١.

(٢) المقولة [١١٦١١] قوله: ((وإن عرف لا يصح النكاح)).

(٣) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الخامس في الأكفاء ١١٦/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

بنتٍ صالحٍ، مُعِينًا كَانَ أَوْ لَا عَلَى الظَّاهِرِ، "نهر"^(١). (ومالاً).....

فقالت بعد الْكِبَرِ: لَا أَرْضَى بِالنِّكَاحِ إِنْ لَمْ يَكُنْ أَبُوْهَا يَشْرَبُ الْمُسْكِرَ وَلَا عُرِفَ بِهِ وَعَلَبَهُ أَهْلُ بَيْتِهَا مُصْلِحُونَ^(٢) فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ بِالِاتِّفَاقِ)) اهـ، فَاغْتَنِمَ هَذَا التَّحْذِيرَ، فَإِنَّهُ مُفْرَدٌ.

[١١٧٧٩] (قَوْلُهُ: بِنْتُ صَالِحٍ) نَعَتْ لِكُلِّ مَنْ قَوْلُهُ: ((صَالِحَةٌ)) و((فَاسِقَةٌ))، وَأَفْرَدَهُ لِلْعُطْفِ بِ-((أَوْ))، فَرَجَعَ إِلَى أَنَّ الْمُعْتَبَرَ صَلَاحُ الْآبَاءِ قَطْعًا، وَأَنَّهُ لَا عِوَاذَ بِفَسْقِهَا بَعْدَ كَوْنِهَا مِنْ بَنَاتِ الصَّالِحِينَ، وَهَذَا هُوَ الَّذِي نَقَلْنَاهُ عَنْ "النَّهْرِ"^(٣)، فَافْهَم. نَعَمْ هُوَ خِلَافُ مَا نَقَلْنَاهُ عَنْ "الْبَيْهَقِيَّةِ".

[١١٧٨٠] (قَوْلُهُ: مُعِينًا كَانَ أَوْ لَا) أَمَّا إِذَا كَانَ مُعِينًا فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا غَيْرُ الْمُعِينِ فَهُوَ بِأَنْ يُشْهَدَ عَلَيْهِ أَنَّهُ فَعَلَ كَذَا مِنَ الْمُنْكَرَاتِ وَهُوَ لَا يَجْهَرُ بِهِ، فَيُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا بِطَلْبِ الْأَوْلِيَاءِ، "ط"^(٤).

[١١٧٨١] (قَوْلُهُ: عَلَى الظَّاهِرِ) هَذَا اسْتَظْهَرَ مِنْ صَاحِبِ "النَّهْرِ"^(٥)، لَا كَمَا يُتَوَهَّمُ مِنْ أَنَّهُ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ، فَإِنَّهُ قَدْ صَرَّحَ فِي "الْحَانِيَّةِ"^(٦) عَنْ "السَّرْحَسِيِّ"^(٧): ((بَأَنَّهُ لَمْ يُنْقَلْ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ فِي هَذَا شَيْءٍ، وَالصَّحِيحُ عِنْدَهُ أَنَّ الْفَسْقَ لَا يَمْنَعُ الْكِفَاءَةَ)) اهـ.

وَقَدَّمْنَا^(٨): ((أَنَّ تَصْحِيحَ "الْهِدَايَةِ" مُعَارِضٌ لِهَذَا التَّصْحِيحِ)).

[١١٧٨٢] (قَوْلُهُ: وَمَالًا) أَي: فِي حَقِّ الْعَرَبِيِّ وَالْعَجَمِيِّ كَمَا مَرَّ^(٩) عَنْ "الْبَحْرِ"؛ لِأَنَّ التَّفَاخُرَ بِالْمَالِ أَكْثَرُ مِنَ التَّفَاخُرِ بِغَيْرِهِ عَادَةً، وَخُصُوصًا فِي زَمَانِنَا هَذَا، "بِدَائِعِ"^(١٠).

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/أ بتصرف.

(٢) الذي في "البنزاية": ((صالحون)).

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/أ.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٣/٢.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/أ.

(٦) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ٣٥٠/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "المبسوط": كتاب النكاح - باب الأكفاء ٢٥/٥.

(٨) المقالة [١١٧٧٧] قوله: ((ديانة)).

(٩) المقالة [١١٧٧٦] قوله: ((وتعتبر في العرب والعجم إلخ)).

(١٠) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: ومنها المال ٣١٩/٢.

بأنَّ يَقْدَرَ عَلَى الْمُعْجَلِ وَنَفَقَةِ شَهْرٍ^(١) لَوْ غَيْرَ مُحْتَرَفٍ، وَإِلَّا فَلَيْنَ كَانَ يَكْتَسِبُ كُلَّ يَوْمٍ كِفَايَتَهَا.....

[١١٧٨٣] (قوله: بأنَّ يَقْدَرَ عَلَى الْمُعْجَلِ إلخ) أي: على ما تَعَارَفُوا تَعَجِيلَهُ مِنَ الْمَهْرِ وَإِنْ كَانَ كُلُّهُ حَالًا، "فتح"^(٢). فَلَا تُشْتَرَطُ الْقُدْرَةُ عَلَى الْكُلِّ، وَلَا أَنْ يُسَاوِيَهَا فِي الْغِنَى فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ، "زَيْلَعِي"^(٣). وَلَوْ صَبِيًّا فَهُوَ غَنِيٌّ بِغِنَى أَبِيهِ أَوْ أُمِّهِ أَوْ جَدِّهِ كَمَا يَأْتِي^(٤). وَشَمِلَ مَا لَوْ كَانَ عَلَيْهِ ذَيْنَ بِقَدْرِ الْمَهْرِ، فَإِنَّهُ كَفٌّ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَقْضِيَ أَيَّ الدَّيْنَيْنِ شَاءَ كَمَا فِي "الْوَلَوَالِجِيَّة"^(٥)، وَمَا لَوْ كَانَتْ فَقِيرَةٌ بَنَتْ فَقَرَاءَ كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي "الْوَاقِعَاتِ" مُعْلَلًا: ((بأنَّ الْمَهْرَ وَالنَّفَقَةَ عَلَيْهِ، فَيُعْتَبَرُ هَذَا الْوَصْفُ فِي حَقِّهِ))، وَمَا لَوْ كَانَ ذَا حَاجَةٍ كَالسُّلْطَانِ وَالْعَالِمِ، قَالَ "الزَّيْلَعِيُّ"^(٦): ((وَقِيلَ: يَكُونُ كَفًّا وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ إِلَّا النَّفَقَةُ؛ لِأَنَّ الْخَلْلَ يَنْجِرُ بِهِ، وَمِنْ ثَمَّ قَالُوا: الْفَقِيرُ الْعَجْمِيُّ كَفٌّ لِلْعَرَبِيِّ الْجَاهِلِ)).

[١١٧٨٤] (قوله: وَنَفَقَةُ شَهْرٍ) صَحَّحَهُ فِي "التَّحْنِيسِ"، وَصَحَّحَ فِي "الْمُجْتَبَى" الْاِكْتِفَاءَ بِالْقُدْرَةِ

(١) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((قَوْلُهُ: وَنَفَقَةُ شَهْرٍ، وَقِيلَ: سَنَةٌ، وَفِي "الْبَحْرِ": وَاخْتَلَفُوا فِي قَدْرِ النَّفَقَةِ، فَقِيلَ: يَحْتَرِ نَفَقَةُ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، وَقِيلَ: نَفَقَةُ شَهْرٍ)). ق ١٥٩/أ.

(٢) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((قَوْلُهُ: بِأَنْ يَقْدَرَ عَلَى الْمُعْجَلِ وَنَفَقَةِ شَهْرٍ إلخ، وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي يُوسُفَ: يَكُونُ كَفًّا، وَلَا يُحْتَرِ الْقُدْرَةُ عَلَى الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ، وَفِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ يُحْتَرِ الْقُدْرَةُ عَلَى النَّفَقَةِ دُونَ الْمَهْرِ، كَذَا فِي "الْحَانِيَّةِ". قَالَ بَعْضُ الْفَضْلَاءِ: الْعَاجِزُ عَنِ الْمُعْجَلِ وَالنَّفَقَةِ لَا يَكُونُ كَفًّا لِلْفَقِيرَةِ، وَإِنَّمَا الْقَادِرُ عَلَيْهِمَا هَلْ يَكُونُ كَفًّا لِلْغَنِيِّ الَّتِي لَهَا أَمْوَالٌ كَثِيرَةٌ؟ فِي قَوْلِ "أَبِي يُوسُفَ": يَكُونُ كَفًّا؛ لِأَنَّ الْمَالَ غَادٍ وَرَائِحَ، وَعِنْدَهُمَا: لَا يَكُونُ كَفًّا؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَفْتَحِرُونَ بِهِ وَيَعِيرُونَ بِعَدَمِهِ، انْتَهَى. وَالْفَقِيرُ هَا هُنَا هُوَ الَّذِي لَا يَمْلِكُ الْمَهْرَ لِنَفْسِهِ، لَا أَلَا يُسَاوِيَهَا فِي الْغِنَى عَلَى الْمُعْتَمِدِ خِلَافًا لِمَنْ عَيْنٌ مُقَدَّرًا. وَإِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى نَفَقَتِهَا بِالْكَسْبِ وَلَا يَقْدِرُ عَلَى الْمَهْرِ؟ اخْتَلَفَ الْمُشَايِخُ فِيهِ، وَأَكْثَرُهُمْ لَا يَكُونُ كَفًّا، كَمَا فِي "الْمُضْمَرَاتِ")، ق ١٥٩/أ.

(٣) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْكِفَاءَةِ ١٩٢/٣ بِتَصْرِفٍ يَسِيرٍ.

(٤) ((زَيْلَعِي)) سَاقَطَةٌ مِنَ "الْأَصْلِ".

(٥) "تَبِينَ الْحَقَائِقُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ - فَصْلُ فِي الْكِفَاءَةِ ١٣٠/٢ بِتَوْضِيحٍ مِنْ ابْنِ عَابِدِينَ.

(٦) "دَرْ" ص ٣١٨-٣١٩.

(٧) "الْوَلَوَالِجِيَّةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - الْفَصْلُ الثَّانِي فِي التَّرْكِيلِ بِالنِّكَاحِ وَالرَّسَالَةِ ٤٧/ب.

(٨) "تَبِينَ الْحَقَائِقُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ - فَصْلُ فِي الْكِفَاءَةِ ١٣٠/٢.

لو تُطِيقُ الجِمَاعَ (وحرقةً) فمِثْلُ حائِثٍ غَيْرُ كَفٍّ لِمِثْلِ خِيَاطٍ، وَلَا خِيَاطٌ.....

عليها بالكسب، فقد اختلفَ التصحيحُ، واستظهرَ في "البحر"^(١) الثاني، ووفقَ في "النهر"^(٢) بينهما بما ذكره [١٧٢ق/٣] "الشَّارحُ"، وقال: ((إنَّه أشارَ إليه في "الحائِثِ"^(٣))).

[١١٧٨٥] (قوله: لو تُطِيقُ الجِمَاعَ) فلو صغيرةٌ لا تُطِيقُهُ فهو كَفٌّ وإن لم يَقْدِرْ على النَّفَقَةِ؛ لأنَّه لا نفقةَ لها، "فتح"^(٤)، ومثلهُ في "الذَّخِيرَةِ"^(٥).

[١١٧٨٦] (قوله: وحرقةً) ذكرَ "الكرخي": أنَّ الكفاءةَ فيها مُعْتَبَرَةٌ عند "أبي يوسف"، وأنَّ "أبا حنيفةً" بنى الأمرَ فيها على عادةِ العربِ أنَّ مَوَالِيَهُمْ يعملون هذه الأعمالَ لا يَقْصِدُونَ بها الحِرْفَ فلا يُعَيَّرُونَ بها، وأجاب "أبو يوسف" على عادةِ أهلِ البلاد، وأنَّهم يَتَّخِذُونَ ذلك حِرْفَةً، فَيُعَيَّرُونَ بالدُّنْيَا منها، فلا يكونُ بينهما خلافٌ في الحقيقة، "بدائع"^(٦). فعلى هذا لو كان من العربِ^(٧) من أهلِ البلادِ مَنْ يَحْتَرِفُ بِنَفْسِهِ تُعْتَبَرُ فيهم الكفاءةُ فيها، وحينئذٍ فتكونُ مُعْتَبَرَةً بين العربِ والعجم.

[١١٧٨٧] (قوله: فَمِثْلُ حائِثٍ إلخ) قال في "المنتقى" و"شرحه"^(٨): ((فحائِثٌ، أو حِجَامٌ، أو كُنَّاسٌ، أو دَبَاغٌ، أو حَلَّاقٌ، أو بَيْطَارٌ، أو حَدَادٌ، أو صَفَّارٌ^(٩) غَيْرُ كَفٍّ لِسَائِرِ الحِرْفِ

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٢/٣.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/١.

(٣) "الحائِثِ": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ٣٥٠/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩٢/٣.

(٥) في "ذ" زيادة: ((و"شربالية"). ق ١٥٩/١).

(٦) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما الحرفة ٣٢٠/٢ بتصرف.

(٧) ((من العرب)) ساقط من "٣".

(٨) "الدر المنتقى": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: تعتبر الكفاءة ٣٤٢/١ (هامش "مجمع الأنهر").

(٩) الذي في "الدر المنتقى": ((أو خفاف)).

كعطارٍ، أو بزازٍ، أو صرّافٍ^(١)، وفيه إشارة إلى أنَّ الحِرْفَ جنسان ليس أحدهما كفنًا للآخر، لكنَّ أفراد كلٍّ منها كفءٌ لجنسِها، وبه يُفتَى، "زاهدي" اهـ، أي: أنَّ الحِرْفَ إذا تبعَدَتْ لا يكونُ أفرادُ إحداها كفنًا لأفرادِ الأخرى، بل أفرادُ كلٍّ واحدةٌ أكفأُ بعضهم لبعضٍ، وأفاد - كما في "البحر"^(٢) - : ((أنَّه لا يَلَزُمُ اتِّحَادُهُمَا فِي الْحِرْفَةِ، بَلِ التَّقَارُبُ كَافٍ، فَالْحَائِثُ كَفءٌ لِحَاجِمٍ، وَالدَّبَاغُ كَفءٌ لِكُنَّاسٍ، وَالصَّفَّارُ كَفءٌ لِحَدَّادٍ، وَالعَطَّارُ كَفءٌ لِبَزَّازٍ، قَالَ "الخلواني": وعليه الفتوى، وفي "الفتح"^(٣): أنَّ المَوْجِبَ هُوَ اسْتِنْقَاصُ أَهْلِ العُرْفِ، فَيَدُورُ مَعَهُ، وَعَلَى هَذَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْحَائِثُ كَفءًا لِلْعَطَّارِ بِالإِسْكَندَرِيَّةِ لِمَا هُنَاكَ مِنْ حُسْنِ اعْتِبَارِهَا وَعَدَمِ عَدِّهَا نَقْصًا أَلْبَسَتْهُ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَقْتَرَنَ بِهَا خُصَاسَةٌ غَيْرُهَا)) اهـ. فَأَفَادَ أَنَّ الحِرْفَ إِذَا تَقَارَبَتْ أَوْ اتَّحَدَتْ يَجِبُ اعْتِبَارُ التَّكَافُوفِ مِنْ بَقِيَّةِ الْجِهَاتِ، فَالْعَطَّارُ الْعَجْمِيُّ غَيْرُ كَفءٍ لِعَطَّارٍ أَوْ بَزَّازٍ عَرَبِيٍّ أَوْ عَالِمٍ.

بقي النظرُ في نحوِ دَبَاغٍ أَوْ حَلَّاقٍ عَرَبِيٍّ، هَلْ يَكُونُ كَفءًا لِعَطَّارٍ^(٤) أَوْ بَزَّازٍ عَجْمِيٍّ؟ وَالَّذِي يَظْهَرُ لِي أَنَّ شَرَفَ النِّسَبِ أَوْ العِلْمَ يَجْبُرُ نَقْصَ الحِرْفَةِ، بَلْ يَفُوقُ سَائِرَ الحِرْفِ: فَلَا يَكُونُ نَحْوُ العَطَّارِ الْعَجْمِيِّ الْجَاهِلِ كَفءًا لِنَحْوِ حَلَّاقٍ عَرَبِيٍّ أَوْ عَالِمٍ، وَيُؤَيِّدُهُ مَا فِي "الفتح"^(٥): ((أَنَّهُ رُوِيَ عَنْ "أَبِي يُوسُفَ" أَنَّ الَّذِي أَسْلَمَ بِنَفْسِهِ أَوْ عَتَقَ إِذَا أَحْرَزَ مِنَ الْفَضَائِلِ مَا يُقَابِلُ نِسْبَ الْآخِرِ كَانَ كَفءًا لَهُ)) اهـ، فَلْيَتَأَمَّلْ.

(١) فِي النسخ جميعها: ((أَوْ صَوَّافٍ))، وَمَا أَثْنَاهُ مِنْ "الدِّرِ الْمُتَقَى شَرَحَ الْمُتَقَى".

(٢) "البحر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ - فَصْلُ فِي الْكِفَاءَةِ ١٤٣/٣.

(٣) "الفتح": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْكِفَاءَةِ ١٩٣/٣.

(٤) مِنْ ((أَوْ بَزَّازٍ)) إِلَى ((لِعَطَّارٍ)) سَاقَطَ مِنْ "الأصل".

(٥) "الفتح": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْكِفَاءَةِ ١٩٠/٣.

لبِزَّازٍ وتاجرٍ، ولا هما لعالمٍ وقاضٍ، وأما أتباعُ الظَّلمَةِ.....

[١١٧٨٨] (قوله: لبِزَّازٍ) قال في "القاموس"^(١): ((البِزُّ: الثَّيابُ أو متاعُ البيت من الثَّياب ونحوها، وبائعُ البِزَّازِ، وخِرْفَتُهُ البِزَّازَةُ)) اهـ "ط"^(٢).

[١١٧٨٩] (قوله: ولا هما لعالمٍ وقاضٍ) [٣/٧٢ق/ب] قال في "النَّهر"^(٣): ((وفي "البنية"^(٤)) عن "الغاية": الكَنَاسُ، والحِجَامُ، والدَّبَّاعُ، والحَارِسُ، والسَّائِسُ، والرَّاعِي، والقَيْمُ - أي: البِلَانُ في الحِجَامِ^(٥) - ليس كَفْئاً لِبْنَتِ الحَيَّاطِ، ولا الحَيَّاطُ لِبْنَتِ البِزَّازِ والتَّاجرِ، ولاهما لِبْنَتِ عالمٍ وقاضٍ، والحائِكُ ليس كَفْئاً لِبْنَتِ الدَّهْقَانِ وإنْ كَانَتْ فقيرةً، وقيل: هو كَفْءٌ اهـ. وقد غلبَ اسمُ الدَّهْقَانِ على ذي العِطارِ الكثير كما في "المغرب"^(٦)) اهـ.

قلت: والظاهرُ أنَّ نحوَ الحَيَّاطِ إذا كان أستاذًا يَتَقَبَّلُ الأعمالَ وله أَجْرَاءُ يَعْمَلُونَ له يكونُ كَفْئاً لِبْنَتِ البِزَّازِ والتَّاجرِ في زماننا كما يُعْلَمُ من كلام "الفتح" المارِّ^(٧)؛ إذ لا يُعَدُّ في العُرْفِ ذلك نقصاً، تأمل. وما في "شرح المتنبي"^(٨) عن "الكافي": ((من أنَّ الحَفَافَ ليس بكَفْءٍ للبِزَّازِ والعِطارِ)) فالظاهرُ أنَّ المراد به مَنْ يَعْمَلُ الأخفافَ أو النَّعالَ بيده، أمَّا لو كان أستاذًا له أَجْرَاءُ أو يشتريها مَخِيطةً ويبيعُها في حانوته فليس في زماننا أنقصَ من البِزَّازِ والعِطارِ. قال "ط"^(٩):

(١) "القاموس": مادة (بِزَّاز).

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٤/٢.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/ب.

(٤) "البنية": كتاب النكاح - باب في الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ٦٢٩/٤ - ٦٣٠.

(٥) ها هنا تحريف في مطبوعة "البنية"، فليتبَّه.

(٦) "المغرب": مادة (دهقن)، وعبارته: ((وقد غلب على أهل الرساتيق من كفار العجم، ثم قيل لكلِّ مَنْ له عِطار كثير)).

(٧) المَقُولَةُ [١١٧٨٧] قوله: ((فمثل حائِكُ إلح)).

(٨) "الدرر المتنبي": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: تعتبر الكفاءة ٣٤٢/١ (هامش "مجمع الأنهر").

(٩) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٤/٢.

فأَحْسُ من الكل،.....

((وأطلقوا في العالم والقاضي، ولم يُعَيِّدوا العالمَ بذِي الْعَمَلِ ولا القاضيَ بمن لا يَقْبَلُ الرِّشْوَةَ، والظَّاهِرُ التَّقْيِيدُ؛ لأنَّ القاضيَ حينئذٍ ظالمٌ، ونحوهُ العالمُ غيرُ العاملِ، وليحرَّرْ)) اهـ.
قلت: ولعلَّهم أطلقوا ذلك لعلمِهِ من ذكرِهِم الكفَاءة^(١) في الدِّيانَةِ، فالظَّاهِرُ حينئذٍ أنَّ العالمَ والقاضيَ الفاسقين لا يكونان كُفَّتَيْنِ لصاحِبَةٍ بنتِ صالحين؛ لأنَّ شَرَفَ الصَّلاحِ فوقَ شرفِ العلمِ والقضاءِ مع الفسقِ.

١١٧٩٠٦ (قوله: فأَحْسُ من الكل) أي: وإن كان ذا مروءةٍ وأموالٍ كثيرةٍ؛ لأنَّه من أكلِي دماءِ النَّاسِ وأموالِهِم كما في "الحِيط"^(٢)، نعم بعضهم أكفَاءٌ بعضٌ، "شرح الملتقى"^(٣). وفي "النَّهْر"^(٤) عن "البنية"^(٥): ((في مصرَ جنسٌ هو أَحْسُ من كلِّ جنسٍ، وهم الطَّائِفَةُ الَّذِينَ يُسَمَّوْنَ بالسَّرَابَاتِيَّةِ^(٦))) اهـ.

قلت: مفهومُ التَّقْيِيدِ بِالْإِتِّبَاعِ أنَّ المتبوعَ كأميرٍ وسلطانٍ ليس كذلك؛ لأنَّه أشرفُ من التَّاجِرِ عُرْفًا كما يفيدُهُ ما يَأْتِي^(٧) في "الشَّارَح" عن "البحر"، وقد علمتُ أنَّ المَوْجِبَ هو استنْقاصُ

(قوله: قلت: مفهومُ التَّقْيِيدِ بِالْإِتِّبَاعِ أنَّ المتبوعَ، كأميرٍ وسلطانٍ ليس كذلك إلخ) بل يقال: يُفْهَمُ أنَّ الأميرَ كذلك بالأوَّلِ، تأمَّلْ.

(قوله: وقد علمتُ أنَّ المَوْجِبَ هو استنْقاصُ أهلِ العُرْفِ إلخ) الظَّاهِرُ أنَّ المَدَارَ على استنْقاصِ أهلِ العُرْفِ مَن يُعْتَدُ بِهِمْ من أصحابِ الرَّأْيِ السَّيِّدِ المَوَاقِفِ لِمَا جَاءَ بِهِ الشَّرْعُ، وَإِلَّا لَزِمَ هَذَا كَثِيرٌ مِنْ مَسَائِلِ الكَفَاءَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي كُتُبِ الْفَقْهِ، وَلَزِمَ عَدَمُ اعْتِبَارِ الدِّيانَةِ والنَّسَبِ بل يُلْزَمُ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ كَثَرَةُ الْمَالِ وَالْجَاهِ، تَأَمَّلْ.

(١) من ((العالم غير العامل)) إلى ((الكفاءة)) ساقط من "٣".

(٢) "الحِيطُ الرِّهَانِي": كتاب النكاح - الفصل السادس في الكفاءة ق/١/١٩١ ب.

(٣) "الدر المنقى": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: تعتبر الكفاءة ٣٤٢/١ (هامش "جمع الأنهر").

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق/١٧٥ ب.

(٥) "البنية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ٦٣٠/٤.

(٦) الذي في مخطوطة "النهر": ((السرابية))، وفي مطبوعة "البنية": ((السرابية)).

(٧) "در" ٣١١/٢ - ٣١٢.

وأما الوظائفُ فَمِنْ الحِرَفِ، فصاحبُها كَفءٌ للتاجرِ لو غيرَ دنيئةٍ كِبَوَايَةِ، وذو تدريسٍ

أهلُ العُرفِ قِلْدُورٌ معه، فعلى هذا مَنْ كان أميراً أو تابعاً له، وكان ذا مالٍ ومروعةٍ وحشمةٍ بين الناسِ لا شكَّ أنَّ المرأةَ لا تُعْتَبَرُ به في العُرفِ كَتَعْيِيرِها بِدَبَّاحٍ وحائكٍ ونحوهما فضلاً عن سراياتيَّ يَنْزِلُ كُلُّ يومٍ إلى الكَيْفِ وَيَقْلُبُ نَجَاسَتَهُ في بَيْتِ مسلمٍ وكافرٍ وإنَّ كان قاصداً بذلك تَظْهِيفَ الناسِ أو المساجِدِ من النَجَاسَاتِ وكانَ الأميرُ أو تابعُهُ أَكْلاً أَمْوَالِ الناسِ؛ لأنَّ المدارَ هنا على النَقْصِ والرَّفْعَةِ [١/٧٣/٣] في الدُّنْيَا، ولهذا لَمَّا قال "عَمَّادٌ": لا تُعْتَبَرُ الكَفَاءَةُ في الدِّيَانَةِ؛ لأنَّها من أَحْكَامِ الآخِرَةِ، فلا تُبْنَى عليها أَحْكَامُ الدُّنْيَا قالُوا في الجَوَابِ عنه: إِنَّ المُعْتَبَرِ في كُلِّ مَوْضِعٍ ما اقْتَضَاهُ الدَّلِيلُ من البِنَاءِ على أَحْكَامِ الآخِرَةِ وعَدَمِهِ، بل ^(١) اعتَبَارُ الدِّيَانَةِ مَبْنِيٌّ على أمرٍ دُنْيَوِيٍّ، وهو تَعْيِيرُ بَنَاتِ الصَّالِحِينَ بِفَسْقِ الزَّوْجِ.

قلت: ولعلَّ ما تقدَّمَ ^(٢) عن "الحِيطِ": ((مَنْ أَنَّ تَابِعَ الظَّالِمِ أَحْسَنُ مِنَ الْكَلِّ)) كان في زَمَنِهم الذي الغالبُ فيه التَّفَاخُرُ بِالذِّينِ والتَّقْوَى، دونَ زَمَانِنَا الغالبِ فيه التَّفَاخُرُ بِالذُّنْيَا، فافهم، والله أعلم.

[١١٧٩١] (قوله: وأما الوظائفُ) أي: في الأوقافِ، "بجر" ^(٣).

[١١٧٩٢] (قوله: فَمِنْ الحِرَفِ) لأنها صارتُ طريقاً لاكتسابِ في مَصْرَ كالصَّنَائِعِ،

"بجر" ^(٤).

[١١٧٩٣] (قوله: لو غيرَ دنيئةٍ) أي: عُرْفاً كِبَوَايَةِ، وسِوَاقَةٍ، وفِرَاشَةٍ، وِقَادَةٍ، "بجر" ^(٥).

[١١٧٩٤] (قوله: وذو تدريسٍ) أي: في علمٍ شرعيٍّ.

(١) في "٢": ((بلا))، وهو خطأ.

(٢) في هذه المقولة.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٣/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٣/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٣/٣ بتصرف.

أو نظير كفاء لبنت الأمير عصر، "بحر"^(١).

(و) الكفاءة (اعتبارها عند) ابتداء (العقد، فلا يضُرُّ زوالها بعده) فلو كان وقته كفاءً، ثم فحَرَ لم يُفسَخْ.....

[١١٧٩٥] (قوله: أو نظير) هو بحث لصاحب "البحر"^(٢)، لكنه الآن ليس بشريف، بل هو كآحاد الناس، وقد يكون عتيقاً زنجياً، وربما أكل مال الوقف وصرقه في المنكرات، فكيف يكون كفاءً لمن ذكر؟! اللهم إلا أن يُقيدَ بالنظر ذي المروعة وبنظر نحو مسحد، بخلاف ناظر وقف أهلي بشرط الواقف، فإنه لا يزداد رفعة بذلك، ط^(٣).

[١١٧٩٦] (قوله: كفاء لبنت الأمير عصر) لا يخفى أن تخصيص بنت الأمير بالذكر للمبالغة، أي: فيكون كفاء لبنت التاجر بالأولى، فيفيد أن الأمير أشرف من التاجر كما هو العرف، وهذا مؤيدٌ لبحثنا السابق كما نبهنا^(٤) عليه.

[١١٧٩٧] (قوله: اعتبارها عند ابتداء العقد) قلت: يرد عليه ما في "الذخيرة": ((حجَّام تزوج امرأة مجهولة النسب، ثم ادَّعاهَا قُرَشِيٌّ وأثبت أنها بنته له أن يفرق بينهما، وأما لو أقرت بالرق لرجل لم يكن له إبطال النكاح)) اهـ.

وقد يجاب بأن ثبوت النسب كما وقع مُستنداً إلى وقت العلوق كان عدم الكفاءة موجوداً وقت العقد، لا أنها كانت موجودة ثم زالت حتى ينافي كون العيرة لوقت العقد، وأما مسألة الإقرار فلأن إقرارها يقتصر عليها، فلا يلزم الزوج بموجبه؛ لما تقرر أن الإقرار حجة قاصرة على المقر.

[١١٧٩٨] (قوله: ثم فحَرَ الأولى أن يقول: ثم زالت كفاءته؛ لأن الفجور يقابل الديانة، وهي إحدى ما يُعتبر في الكفاءة، ط^(٥)).

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٣/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٣/٣.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٤/٢ بتصرف.

(٤) (المقولة [١١٧٩٠] قوله: ((فأحسن من الكل)).

(٥) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٤/٢.

وأما لو كان دَبَاغًا فصار تاجراً فإن بقي عارُها لم يكن كفتاً، وإلاَّ لا، "نهر" ^(١) بحثاً.
 (العجميُّ لا يكون كفتاً للعربية ولو) كان العجميُّ (عالِماً) أو سلطاناً (وهو
 الأصحُّ) "فتح" عن "الينابيع". وادَّعى في "البحر" ^(٢): ((أنَّه ظاهرُ الرواية))، وأقرَّه
 "المصنّف"، لكن في "النهر" ^(٣): ((إنَّ فُسْرَ الحسيبُ بذِي المنصبِ والجاهِ غيرُ كفءٍ
 للعلوِّية كما في "الينابيع"، وإنَّ بالعالمِ فكفءٌ؛ لأنَّ شرفَ العلمِ فوقَ شرفِ النَّسبِ

[١١٧٩٩] (قوله: وأما لو كان دَبَاغًا إلخ) هذا فرَّعه [٣/٧٣ق/ب] صاحبُ "البحر" ^(٤) على ما
 تقدَّم ^(٥): ((بأنَّه ينبغي أن يكون كفتاً))، ثم استدركَ عليه بمخالفته لقولهم: إنَّ الصَّنعة - وإنَّ أمكنَ
 تركُّها - يبقى عارُها، ووفق في "النهر" ^(٦) بقوله: ((ولو قيل: إنَّه إن بقي عارُها لم يكن كفتاً، وإنَّ
 تناسَّى أمرها لتقاؤم زمانها كان كفتاً لكان حسناً)) اهـ.

[١١٨٠٠] (قوله: لكن في "النهر" ^(٧) إلخ) حيث قال: ((وذَلَّ كلامُهُ على أنَّ غيرَ العربيِّ

(قولُ "المصنّف": وهو الأصحُّ إلخ) غوّه في "الفهستاني" عن "المضمرات"، وفي "البرجندي": ((الأصحُّ
 أنَّ ذا الجاه كالسلطان والعالم لا يكون كفوًّا للعلوِّية)) اهـ "سيندي". وعبارة "الفهستاني": ((فلا يكون العالمُ
 ولا الوجه كالسلطان كفوًّا للعلوِّية وهو الأصحُّ كما في "المضمرات"))، لكن في "المحيط" وغيره: ((أنَّ العالمَ
 كفوٌّ للعلوِّية؛ إذ شرفُ العلمِ فوقَ شرفِ النَّسبِ)) اهـ. وعبارة "الفتح": ((وفي "المحيط" عن "صَدْر الإسلام":
 الحسيبُ هو الَّذي له جاهٌ وحُشمةٌ ومنصبٌ، وفي "الينابيع": والأصحُّ أنَّه ليس كفوًّا للعلوِّية)) اهـ.
 (قوله: هذا فرَّعه صاحبُ "البحر" على ما تقدَّم إلخ) أي مِن اعتبارها وقتَ العَقْد.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٠/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٣/٣.

(٥) "در" ص ٣١١ - وما بعدها.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/ب.

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/ب.

لا يُكافئُ العربيَّ وإنَّ كان حَسِيْبًا، لكنَّ في "جامع قاضي خان"^(١): قالوا: الحَسِيبُ يَكُونُ كَفْعًا لِلنَّسِيبِ، فَالْعَالِمُ الْعَجْمِيُّ يَكُونُ كَفْعًا لِلْجَاهِلِ الْعَرَبِيِّ وَالْعُلُوِّيَّةُ؛ لِأَنَّ شَرَفَ الْعِلْمِ فَوْقَ شَرَفِ النَّسَبِ. وَارْتِضَاهُ فِي "فَتْحِ الْقَدِيرِ"^(٢)، وَجَزَمَ بِهِ "الْبَزْازِيُّ"^(٣)، وَزَادَ: وَالْعَالِمُ الْفَقِيرُ يَكُونُ كَفْعًا لِلْغِيِّ الْجَاهِلِ. وَالْوَجْهُ فِيهِ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ شَرَفَ الْعِلْمِ فَوْقَ شَرَفِ النَّسَبِ، فَشَرَفُ الْمَالِ أَوَّلُ، نَعَمْ الْحَسَبُ قَدْرٌ أَدُّ بِهِ الْمَنْصِبُ وَالْجَاهُ كَمَا فَسَّرَهُ بِهِ فِي "الْمَحِيطِ" عَنْ "صَدْرِ الْإِسْلَامِ"، وَهَذَا لَيْسَ كَفْعًا لِلْعَرَبِيَّةِ كَمَا فِي "الْبَيَانِيَعِ" ((أَهْدِ كَلَامُ "النَّهْرِ" مَلْخَصًا.

أَقُولُ: حَيْثُ كَانَ مَا فِي "الْبَيَانِيَعِ" مِنْ تَصْحِيحِ عَدَمِ كِفَاةِ الْحَسِيبِ لِلْعَرَبِيَّةِ مَبْنِيًّا عَلَى تَفْسِيرِ الْحَسِيبِ بِذِي الْمَنْصِبِ وَالْجَاهِ لَمْ يَصَحَّ مَا ذَكَرَهُ "الْمَنْصَفُ" مِنْ تَصْحِيحِ عَدَمِ الْكِفَاةِ فِي الْعَالِمِ وَعُزْوِهِ فِي "شَرْحِهِ"^(٤) إِلَى "الْبَيَانِيَعِ"، وَذَكَرَ "الْخَيْرُ الرَّمْلِيُّ" عَنْ "جَمْعِ الْفَتَاوَى": ((الْعَالِمُ يَكُونُ كَفْعًا لِلْعُلُوِّيَّةِ؛ لِأَنَّ شَرَفَ الْحَسَبِ أَقْوَى مِنْ شَرَفِ النَّسَبِ، وَعَنْ هَذَا قِيلَ: إِنَّ "عَائِشَةَ" أَفْضَلُ مِنْ "فَاطِمَةَ"؛ لِأَنَّ لَ "عَائِشَةَ" شَرَفَ الْعِلْمِ، كَذَا فِي "الْمَحِيطِ"^(٥)))، وَذَكَرَ أَيْضًا: ((أَنَّهُ جَزَمَ بِهِ فِي "الْمَحِيطِ"، وَ"الْبَزْازِيَّةِ"^(٦)، وَ"الْفَيْضِ"، وَ"جَمْعِ الْفَتَاوَى"، وَصَاحِبِ "الدَّرَرِ"^(٧)))، ثُمَّ نَقَلَ عِبَارَةَ "الْمَنْصَفِ" هُنَا، ثُمَّ قَالَ: ((فَتَحَرَّرَ أَنَّ فِيهِ اخْتِلَافًا، وَلَكِنْ حَيْثُ صَحَّ أَنَّ ظَاهِرَ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ لَا يُكَافِئُهَا فَهُوَ الْمَذْهَبُ، خُصُوصًا وَقَدْ نَصَّ فِي "الْبَيَانِيَعِ" أَنَّهُ الْأَصَحُّ)) أَهْدِ.

أَقُولُ: قَدْ عَلِمْتُ أَنَّ مَا صَحَّحَهُ فِي "الْبَيَانِيَعِ" غَيْرُ مَا مَشَى عَلَيْهِ "الْمَنْصَفُ"، وَأَمَّا مَا ذَكَرَهُ مِنْ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ فَقَدْ تَبَيَّنَ فِيهِ "الْبَحْرُ"^(٨)، وَقَوْلُ "الشَّارَحِ": ((وَادَّعَى فِي "الْبَحْرِ" إِنْجَ)) يَفِيدُ

(١) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب في الأكفاء ٨٦/ب.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٩٠/٣.

(٣) "البرزازية": كتاب النكاح - الفصل الخامس في الأكفاء ١١٦/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الكفاءة ١/١٢٢/أ.

(٥) "المحيط البرهاني": كتاب النكاح - الفصل السادس في الكفاءة ١/١٩١/أ.

(٦) "البرزازية": كتاب النكاح - الفصل الخامس في الأكفاء ١١٦/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "الدُرر": كتاب النكاح - باب الولي والكفء ٣٤٠/١.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٠/٣.

والمال، كما حَرَّمَ به "البزازی"^(١)، وارتضاه "الكمال" وغيره))، والوجه فيه ظاهر، ولذا قيل: إِنَّ "عائشة" أفضل من "فاطمة" رضي الله عنهما، ذكره "القهستاني"،..

أَنَّ كونه ظاهر الرواية مجرد دعوى لا دليل عليها سوى قولهم في المتون وغيرها: والعرب أكفأ، أي: فلا يكافئهم غيرهم، ولا يخفى أَنَّ هذا وإن كان ظاهره الإطلاق ولكن قيده المشايخ بغير العالم، وكم له من نظير، فإنَّ شأن مشايخ المذهب إفادة قيود ونشراط عبارات مطلقاً [٣/٧٤ق] استنباطاً من قواعد كلية أو مسائل فرعية أو أدلة نقلية، وهنا كذلك، فقد ذكر في آخر "الفتاوى الخيرية"^(٢) - في قرشي جاهل تقدّم في المجلس على عالم -: ((أَنَّهُ يَحْرُمُ عَلَيْهِ؛ إِذْ كُتِبَ الْعُلَمَاءُ طَافِحَةً بِتَقْدِيمِ الْعَالِمِ عَلَى الْقُرَشِيِّ، وَلَمْ يُفَرَّقْ - سُبْحَانَهُ - بَيْنَ الْقُرَشِيِّ وَغَيْرِهِ فِي قَوْلِهِ: ﴿هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الزمر - ٩٩]) إلخ ما أطال به))، فراجع. فحيث كان شرف العلم أقوى من شرف النسب بدلالة الآية وتصريحهم بذلك اقتضى تقييده ما أطلقوه هنا اعتماداً على فهمه من محل آخر، فلم يكن ما ذكره المشايخ مخالفاً لظاهر الرواية، وكيف يصحُّ لأحد أن يقول: إن مثلاً "أبي حنيفة" أو "الحسن البصري" وغيرهما ممن ليس بعربي إنه لا يكون كفواً لبنت قرشي جاهل أو لبنت عربي بوالٍ على عقبه؟! فلا حَرَمَ أَنَّهُ حَرَّمَ بما قاله المشايخ صاحب "الحيط" وغيره كما علمت، وارتضاه المحقق "ابن الهمام" وصاحب "النهر"، وتبعهم "الشارح"، فافهم، والله سبحانه أعلم.

(١١٨٠١) (قوله: ولذا قيل إلخ) أي: لكون شرف العلم أقوى قيل: إِنَّ "عائشة" أفضل لكثرة علمها، وظاهره أَنَّهُ لا يقال: إِنَّ "فاطمة" أفضل من جهة النسب؛ لأنَّ الكلام مَسْوقٌ لبيان أَنَّ شرف العلم أقوى من شرف النسب، لكن قد يقال بإخراج "فاطمة" رضي الله عنها من ذلك لتحقق البُضْعَةِ فيها بلا واسطة، ولذا قال الإمام "مالك": إِنَّهَا بُضْعَةٌ مِنْهُ ﷺ، ولا أَفْضَلُ على بُضْعَةٍ مِنْهُ أَحَدًا، ولا يَلْزَمُ مِنْ هَذَا إِطْلَاقُ أَنَّهَا أَفْضَلُ، وَإِلَّا لَزِمَ تَفْضِيلُ سَائِرِ بَنَاتِهِ ﷺ.

(١) "البزازی": كتاب النكاح - الفصل الخامس في الأكفاء ١١٦/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الفتاوى الخيرية": مسائل شتى ٢٣٤/٢.

والحنفي كفاء لبنت الشافعي، ومتى سُئلنا عن مذهبه أَجَبْنَا بمذهِبنا، كما بسطه "المصنف" معزياً لـ "جواهر الفتاوى" (١).....

على "عائشة" بل على الخلفاء الأربع، وهو خلاف الإجماع كما بسطه "ابن حجر" في "الفتاوى الحديثية" (٢)، وحينئذٍ فما نُقِلَ عن أكثر العلماء من تفضيل "عائشة" محمولٌ على بعض الجهات كالعلم وكونها في الجنة مع النبي ﷺ، و"فاطمة" مع "علي" رضي الله عنهما، ولهذا قال في "بدء الأمالي" (٣): [وافر]

وللصديقة الرَّجْحَانُ فاعلمُ
على الزُّهراءِ في بعض الخِلالِ

وقيل: إنَّ "فاطمة" أفضلُ، ويمكن إرجاعه إلى الأوَّل، وقيل بالتوقُّفِ لتعارض الأدلَّة، واختاره "الأستروشي" (٤) من الحنفية وبعض الشافعية كما أوضحه "متلا علي انقاري" في "شرح الفقه الأكبر" (٥) و"شرح بدء الأمالي" (٦).

[١١٨٠٢] (قوله): والحنفي كفاء لبنت الشافعي إلخ [٣/٧٤ق/ب] المراد بالكفاءة هنا

(قوله: المراد بالكفاءة هنا صحة العقد إلخ) الأظهر ما قاله "ط" من أنَّ الأوَّل لـ "الشَّارح" أن يقول: والشافعي كفو لبنت الحنفي؛ فإنَّ الأوَّل لا وَهْم فيه، وإنَّما نصَّ على الثاني لأنَّهم ينسبون إلى الشافعية أقوالاً ضعيفة إلخ.

(١) ((معزياً لجواهر الفتاوى)) ساقط من "د".

(٢) لم نعتز عليهما في نسخة "الفتاوى الحديثية" التي بين أيدينا.

(٣) انظر "ضوء المعالي شرح بدء الأمالي": ص ١٢١-.

(٤) تقدمت ترجمته ٤٦٦/٢.

(٥) "منح الرُّوس الأزهر في شرح الفقه الأكبر": مسألة في بيان أفضلية النساء وبيان مراتبهن ص ٢١٠- وهو للمُلا علي

ابن سلطان محمد، نور الدين القاري الهروي (ت ١٠١٤هـ). ("كشف الظنون" ١٨٥٩/٢، "خلاصة الأثر" ١٨٥/٣،

"البدر الطالع" ٤٤٥/١، "هدية العارفين" ٧٥١/١).

(٦) "ضوء المعالي شرح بدء الأمالي": ص ١٢١-.

(الْقَرَوِيُّ كَفَّءٌ لِلْمَدَنِيِّ) فلا عيرة بالبلد كما لا عيرة بالجمال، "خانية"^(١).....

صحة العقد، يعني: لو تزوج حنفي بنت شافعي نَحْكُمُ بِصَحَّةِ الْعَقْدِ وإن كان في مذهب أبيها أنه لا يصحُّ الْعَقْدُ إذا كانت بكرًا إلَّا بمباشرة وليِّها؛ لأنَّا نَحْكُمُ بِمَا نَعْتَقِدُ صَحَّتَهُ في مذهبنا، قال في "البرازية"^(٢): ((وسئل - أي: "شيخ الإسلام" - عن بكرٍ بالغةٍ شافعيةٍ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا من حنفيٍّ أو شافعيٍّ بلا رضى الأب هل يصحُّ؟ أجاب: نعم وإنَّ كَانَا يَعْتَقِدَانِ عَدَمَ الصَّحَّةِ؛ لأنَّا نَجِيبُ مَذْهَبَنَا لَا مَذْهَبَ الْخَصْمِ؛ لاعتقادنا أنه خطأً يَحْتَمِلُ الصَّوَابُ، وإن سئلنا كيف مذهبُ الشَّافعيِّ فيه؟ لَا نَجِيبُ بِمَذْهَبِهِ)) اهـ.

وقوله: ((لاعتقادنا إلخ)) مبني على القول بأنَّ الْقَلْبَ يَلْزِمُهُ تَقْلِيدُ الْأَفْضَلِ ليعتقد أرجحية مذهبه، والمعتدُّ عند الأصوليين خلافه كما بسطناه في صدر الكتاب^(٣). ثم لا يخفى مما ذكرنا أنه لا مناسبة لذكر هذا الفرع في الكفاءة، تأمل.

[١١٨٠٣] (قوله: الْقَرَوِيُّ) بفتح القاف نسبةً إلى القرية.

[١١٨٠٤] (قوله: فلا عيرة بالبلد) أي: بعد وجود ما مرَّ^(٤) من أنواع الكفاءة، قال في "البحر"^(٥): ((فالتاجر في القرى كَفَّءٌ لِبْنْتِ التَّاجِرِ في المصْرِ لِلتَّقَارُبِ)).

[١١٨٠٥] (قوله: كما لا عيرة بالجمال) لكنَّ النَّصِيحَةَ أَنْ يُرَاعِيَ الْأَوْلِيَاءَ الْمَجَانِسَةَ فِي الْحُسْنِ وَالْجَمَالِ، "هندية"^(٦) عن "التَّاتَرِخَانِيَّةِ"^(٧)، "ط"^(٨).

(١) "الخانية": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ٣٥١/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الخامس في الأكفاء ١١٨/٤ بتصرف يسير (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) المقولة [٣٢٣] قوله: ((قلنا إلخ)) وما بعدها.

(٤) انظر الصحفات السابقة بدءاً من صحيفة رقم ٢٩٠.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٣/٣.

(٦) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب الخامس عشر في الأكفاء ٢٩٢/١.

(٧) "التاترخانية": كتاب النكاح - الفصل الخامس عشر في الكفاءة ٦٣/٣.

(٨) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٥/٢.

ولا بالعقل ولا يعيوبُ يُفسخُ بها البيعُ خلافاً لـ "الشافعي"، لكن في "النهر"^(١) عن "المرغيناني": ((المجنون ليس بكفءٍ للعاقلة)).
(وكذا الصبي كفاءٌ بغنى أبيه).....

[١١٨٠٦] (قوله: ولا بالعقل) قال "قاضي خان" في "شرح الجامع"^(٢): ((وأما العقل فلا رواية فيه عن أصحابنا المتقدمين، واختلف فيه المتأخرون)) اهـ، أي: في أنه هل يُعتبر في الكفاءة أم لا؟

[١١٨٠٧] (قوله: ولا يعيوبُ إلخ) أي: ولا يُعتبر في الكفاءة السلامة من العيوب التي يُفسخُ بها البيع كالجلذام، والجنون، والبرص، والبخر، والذفر، "بحر"^(٣).

[١١٨٠٨] (قوله: خلافاً لـ "الشافعي") وكذا لـ "محمد" في الثلاثة الأول إذا كان بحال لا تطبق المقام معه، إلا أن التفريق أو الفسخ للزوجة لا للولي كما في "الفتح"^(٤).

[١١٨٠٩] (قوله: ليس بكفءٍ للعاقلة) قال في "النهر"^(٥): ((لأنه يُفوت مقاصد النكاح، فكان أشد من الفقر ودناءة الحرفة، وينبغي اعتماده؛ لأن الناس يُعيرون بتزويج المجنون أكثر من

(قوله: وأما العقل فلا رواية فيه عن أصحابنا إلخ) وما في "النهر" عن "المرغيناني" من تحريجات المشايخ فلا يُنافي ما هنا من أنه لا رواية فيه عن أصحابنا، ولا يُنافي هذا ما قاله "محمد" من أن لها الفسخ بالعيوب الثلاثة؛ لأن الفسخ فيها ليس باعتبار عدم الكفاءة بل باعتبار أن النكاح يُفسخ بهذه العيوب كالبيع، ولذا كان لها لا للولي.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/ب.

(٢) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب في الأكفاء ق ٨٦/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٣/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١٨٨/١.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/ب.

أو أمّه أو جدّه، "نهر"^(١) عن "الحيط" (بالنسبة إلى المهر) يعني: المعجل كما مرّ (لا) بالنسبة إلى (النفقة) لأنّ العادة أنّ الآباء يتحمّلون عن الأبناء المهر لا النفقة، "ذخيرة".

ذي الحرفة الدنيئة)).

[١١٨١٠] (قوله: أو أمّه أو جدّه عزاه في "النهر"^(٢) إلى "الحيط"، وزاد في "الفتح"^(٣) الجدّة، لكنّ فيه أنّ اعتبارَهُ كفوّاً يغنيّ أبية مبنيّ على ما ذُكرَ من العادة بتحمّل المهر، وهذا مُسلّم في الأمّ والجدّة، أمّا الجدّة فلم تجرِ العادة بتحمّلها وإنّ وُجدَ في بعض الأوقات، تأمّل. [٣/٧٥ق/١]

[١١٨١١] (قوله: كما مرّ^(٤)) أي: عند قول "المصنّف": ((ومالاً))

[١١٨١٢] (قوله: لأنّ العادة إلخ) مقتضاه أنّه لو جرّت العادة بتحمّل النفقة أيضاً عن الابن الصّغير كما في زماننا أنّه يكون كفوّاً، بل في زماننا يتحمّلها عن ابنيه الكبير الذي في حجره. والظاهر أنّه يكون كفوّاً بذلك؛ لأنّ المقصود حصول النفقة من جهة الزوج بملك أو كسب أو غيره، ويؤيّد أنّه المتبادر من كلام "الهداية"^(٥) وغيرها أنّ الكلام في مطلق الزوج

(قوله: أمّا الجدّة فلم تجرِ العادة بتحمّلها إلخ) يُحمل ما في "الفتح" على أنّ العادة في زمنه تحمّل الجدّة وهو كذلك في زماننا عند فقد الأب والأمّ، خصوصاً إذا كان الصّغير في حجرها، وقال "السّندي": ((الظاهر أنّ المراد الجدّ والجدّة من قبل الأب لجرّيان التّوارث بينهما)).

(قوله: ويؤيّد أنّه المتبادر من كلام "الهداية" وغيرها أنّ الكلام إلخ) فيه أنّ حاصل ما استظهره إلحاق النفقة بالمهر إذا جرّت العادة بتحمّلها، وإلحاق الابن الكبير بالصّغير إذا جرّت العادة بتحمّلها عنه، ومقتضى إطلاق "الهداية" الزوج شموله للكبير في الحكم الذي ذكره وهو أنّه يُعدّ غنياً يغنيّ أبية بالنسبة للمهر لا النفقة، وليس فيه ما يؤيّد ما بحثه من إلحاق النفقة بالمهر وإلحاق الكبير بالصّغير فيها، تأمّل.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/أ.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/أ.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الكفاءة ١/١٩٢.

(٤) "در" ص ٣٠٥-٣٠٦.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١/٢٠١.

(ولو نَكَحَتْ بِأَقْلٍ مِنْ مَهْرِهَا^(١) فَلِلْوَلِيِّ الْعَصْبَةِ.....)

صغيراً أو كبيراً، فإنه قال: ((وعن "أبي يوسف" أنه اعتَمَرَ القدرةَ على النِّفْقَةِ دون المهر؛ لأنه تجري المُسَاهَلَةُ في المهر، ويُعَدُّ المرءُ قادراً عليه يَسَارِ أبیه)) اهـ.

نعم زاد في "البدائع"^(٢): ((أنَّ ظاهرَ الروايةِ عدمُ الفرقِ بين النِّفْقَةِ والمهرِ))، لكن ما مَشَى عليه "المصنّف" نقلٌ في "البحر"^(٣) تصحيحه عن "المجتبى"، ومقتضى تخصيصه بالصبي أنَّ الكبير ليس كذلك، ووجهه أنَّ الصَّغِيرَ غيَّبَ أبیه في باب الزَّكَاةِ بخلاف الكبير، لكن إذا كان المناطُ جَرَيَانِ العادةِ بِتَحْمُلِ الأبِ لا يظهرُ الفرقُ بينهما ولا بين المهر والنِّفْقَةِ فيهما حيث تُعَوِّفُ ذلك، والله تعالى أعلم.

[١١٨١٣] (قوله: بأقل إلخ) أي: بحيث لا يُتَغَابَرُ فيه، وقدّمنا^(٤) تفسيره في الباب السابق.

[١١٨١٤] (قوله: فللولي العَصْبَةِ) أي: لا غيره من الأقارب، ولا القاضي لو كانت سفيهةً كما في "الذَّخِيرَةُ"، "نهر"^(٥). والذي في "الذَّخِيرَةُ" من الحَجَرِ: ((المَحْجُورُ عليها إذا تَزَوَّجَتْ بِأَقْلٍ

(قوله: لكن إذا كان المناطُ جَرَيَانِ العادةِ بِتَحْمُلِ الأبِ إلخ) لا يُسَلِّمُ له ما بَحَثَ في هذه المسألة، فإنه لا يلزم من عدم وجودِ العلةِ عدمُ وجودِ المَعْلُولِ؛ لاحتمالِ عِلَّةٍ أُخْرَى، ولا يلزم من وجودها في غير المنصوص أن يكون الحُكْمُ كذلك فيه؛ لاحتمالِ وجودِ مانعٍ، ويقال: إنه لَمَّا كان أمرُ النِّفْقَةِ ضرورياً ولا يمكن تأخيرها قلنا بعدم المُسَاهَلَةِ، وأنه لا بُدَّ من القُدْرَةِ بالملك أو الكسب، بخلاف المَهْرِ، فأمكن القولُ بالمُساهلةِ فيه لا فيها، وربما أفاد ذلك قوله: ((لأنه تجري المُساهلةُ في المَهْرِ، تأمل)).

(١) في "د": ((من مهر مثلها)).

(٢) انظر "البدائع": كتاب النكاح - بيان ما يعتبر فيه الكفاءة - فصل: ومنها المال ٣١٩/٢.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٢/٣.

(٤) المقولة [١١٦٠٢] قوله: ((ولو بغين فاحش)).

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ق ١٧٥/ب.

((الاعتراضُ حتى يُتِمَّ مهرٌ مثلها (أو يُفَرَّقَ) القاضي بينهما.....

من مهرٍ مثلها ليس للقاضي الاعتراضُ عليها؛ لأنَّ الحَجْرَ في المال لا في النفس)) اهـ "بحر" (١).
قلت: لكنْ في حَجْرٍ "الظَّهْرِيَّة" (٢): ((إِنْ لم يَدْخُلْ بها الرِّوَجُ قيلَ له: أَتِمَّ مهرٌ مثلها، فإنْ رَضِيَ، وإلَّا فُرِّقَ بينهما، وإنْ دَخَلَ فعليه إتمامه، ولا يُفَرَّقُ بينهما؛ لأنَّ التفريق كانَ للتَّنْقِصَانِ عن مهرِ المثل، وقد انْعَدَمَ حينَ قَضِي لها بمهرٍ مثلها (٣) بالدُّخُولِ)) اهـ.

[١١٨١٥] (قوله: الاعتراضُ) أفادَ أنَّ العَقْدَ صحيحٌ، وتقدَّمَ (٤) أنَّها لو تزَوَّجَتْ غيرَ كَفءٍ فالمختارُ للفتوى روايةُ "الحسن": أَنَّهُ لا يصحُّ العَقْدُ، ولم أرَ مَنْ ذَكَرَ مثلَ هذهِ الروايةِ هنا، ومقتضاهُ أَنَّهُ لا خلافٌ في صَحَّةِ العَقْدِ، ولعلَّ وجهه أَنَّهُ يمكنُ الاستدراكُ هنا بإتمام مهرِ المثل بخلافِ عدمِ الكفاءة، والله تعالى أعلم.

[١١٨١٦] (قوله: أو يُفَرَّقَ القاضي) في "الهندية" (٥) عن "السراج": ((ولا تكونُ هذهِ الفرقةُ إلَّا عندَ القاضي، وما لم يَقْضِ القاضي بالفرقةِ بينهما فحكمُ الطَّلَاقِ والظَّهَارِ والإيلاءِ والميراثِ باقٍ)) اهـ.

(قوله: لكن في حَجْرٍ "الظَّهْرِيَّة": إن لم يَدْخُلْ بها الرِّوَجُ إلخ) ما في "الظَّهْرِيَّة" يُمكنُ تقييدهُ بعبارةِ "الذَّخيرة" فيُحْمَلُ على غيرِ القاضي من العَصَبَاتِ فلا مُنافاةَ بينهما، وقد أفادت عبارةُ "الظَّهْرِيَّة" فائدةً جديدةً وهي: تقييدُ التفريقِ بما قبلَ الدُّخُولِ، تأمَّل.

(قوله: ومقتضاهُ أَنَّهُ لا خلافٌ إلخ) تقدَّمَ أنَّ مُقتضى العِلَّةِ أَنَّهُ لا فَرْقَ بين المسألتين.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٤/٣.

(٢) "الظهيرية": كتاب المحرق ٤١٤/١.

(٣) ((مهر مثلها)) ساقط من "الأصل".

(٤) المقولة [١١٥٠١] قوله: ((يعدم جوازه أصلاً)).

(٥) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب الخامس في الأكفاء ٢٩٤/١.

دَفْعاً للعارِ (ولو طَلَّقَهَا) الرَّوْجُ قبلَ تفريقِ الوليِّ قبلَ الدُّخُولِ (فلها نصفُ المسمَّى) فلو فَرَّقَ الوليُّ بينهما قبلَ الدُّخُولِ فلا مهرَ لها، وإنْ بعده فلها المسمَّى، وكذا لو مات أحدهما قبلَ التَّفريقِ فليس للوليِّ المطالبةُ بالإتمامِ لانتِهائِ النِّكاحِ بالموت، "جواهر الفتاوى". (أمره بتزويج.....)

[١١٨١٧] (قوله: دفعاً للعارِ) أشارَ إلى الجوابِ عن قولهما: ليس للوليِّ الاعتراضُ؛ لأنَّ [٣/٧٥٥ق/ب] ما زادَ على عشرةِ دراهمَ حقُّها، ومَن أسقطَ حقَّه لا يُعترضُ عليه، ولـ "أبي حنيفة" أنَّ الأولياءَ يفتخرونَ بغلاءِ المهور، ويَتَعَيَّرُونَ بنقصانِها، فأشبهَ الكفاءةَ، "بجر" (١). والمتونُ على قولِ "الإمام".

[١١٨١٨] (قوله: فلها نصفُ المسمَّى) أي: وليس لهم طلبُ التَّكْميلِ؛ لأنَّه عند بقاءِ النِّكاحِ وقد زالَ.

[١١٨١٩] (قوله: فلا مهرَ لها) لأنَّ الفُرقةَ جاءتْ مِن قَبْلِ مَنْ لَه الحقُّ، وهي فسخٌ، "ط" (٢) عن "شرح المتقَّى" (٣).

[١١٨٢٠] (قوله: فلها المسمَّى) هذا في غيرِ السَّفِيهة، وفيها لا تفريقَ بعدَ الدُّخُولِ، ولَرِمَ مهرُ المثلِ كما علمتُه.

[١١٨٢١] (قوله: لانتِهائِ النِّكاحِ بالموت) فلا يَمُكُنُ الوليُّ طلبُ الفسخِ، فلا يَلْتَزِمُ الإتمامُ؛ لأنَّه إِنَّمَا يَلْتَزِمُهُ الرَّوْجُ لَخَوْفِ الفسخِ، وقد زالَ النِّكاحُ بالموت، "ط" (٤).

٣٢٤/٢

مطلبٌ في الوكيلِ والفضوليِّ في النِّكاحِ

[١١٨٢٢] (قوله: أمره بتزويج إلخ) شروعٌ في بعضِ مسائلِ الوكيلِ والفضوليِّ، وذكرها

(١) "البحر": كتاب النِّكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الكفاءة ١٤٤/٣.

(٢) "ط": كتاب النِّكاح - باب الكفاءة ٤٥/٢.

(٣) "الدر المتقَّى": كتاب النِّكاح - فصل في الكفاءة ٣٤٣/١ (هامش "جميع الأنهر").

(٤) "ط": كتاب النِّكاح - باب الكفاءة ٤٥/٢.

امراً فَرَوَاجَهُ أَمَةٌ جازَ) وقالوا: لا يصحُّ،

في باب الوليِّ لأنَّ الوكالة نوعٌ من الولاية؛ لنفاذِ تصرُّفه على الموكل، ونفاذُ عقدِ الفضوليِّ بالإجازة يجعله في حكم الوكيل، وعقدٌ لذلك في "الكنز"^(١) وغيره فضلاً على حِدَّة. واعلم أنَّه لا تُشترطُ الشَّهادةُ على الوكالةِ بالنِّكاحِ بل على عقدِ الوكيل، وإنما ينبغي أن يُشَهِدَ على الوكالةِ إذا خيفَ جحدُ الموكلِ إياها، "فتح"^(٢).

[١١٨٢٣] (قوله: بتزويج امرأة) أي: مُنْكَرَةٌ، ويأتي^(٣) محترزة. وأطلق في الأُمَّة فشَمِلَ المكتابةَ وأُمَّ الولدِ بشرطٍ أن لا تكونَ للوكيلِ للثَّهْمَةِ، وما لو كانت عمياء، أو مقطوعةَ اليدين، أو مفلوكة، أو مجنونةً خلافاً لهما، أو صغيرةً لا تُجامعُ اتفاقاً، وقيل: على الخلاف، "فتح"^(٤). زاد في "البحر"^(٥): ((أو كنايةً، أو مَنْ حَلَفَ بطلاقها، أو آلى منها، أو في عِدَّةِ الموكل، أو بغبنٍ فاحشٍ في المهر)).

[١١٨٢٤] (قوله: جازَ) في بعض النسخ: ((نفذَ))، وهي أنسب؛ لأنَّ الكلامَ في النفاذ لا في الجواز، "ح"^(٦).

[١١٨٢٥] (قوله: وقالوا: لا يصحُّ) أي: إذا رَدَّ الأمرُ، والأولى التعبيرُ ب: لا يَنْفَذُ؛ ليفيدَ أنَّه موقوفٌ، ووجهُ قولِ "الإمام" أنَّ هذا رجوعٌ إلى إطلاقِ اللَّفظِ وعدمِ الثَّهْمَةِ، ووجهُ قولهما أنَّ المطلقَ يَنْصَرِفُ إلى المتعارفِ، وهو التَّزْوِجُ بالأَكْفَاءِ، وجوابُهُ أنَّ العُرفَ مُشْتَرَكٌ في تزوِجِ

(قوله: وجوابُهُ أنَّ العُرفَ مُشْتَرَكٌ إلخ) نعم وإن كان العُرفُ مُشْتَرَكاً إلا أنَّ ما يأتي في توجيهه الاستحسان يدلُّ على اعتماد قولهما.

(١) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - فصل: لابن العم ١٤٩/١.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠١/٣ - ٢٠٢.

(٣) المقولة [١١٨٢٩] قوله: ((كما لو أمره بمعينة)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠٣/٣ - بتصرف.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٥١/٣ - بتصرف.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب الكفاءة ق ١/١٦٢ - باختصار.

وهو استحسان، "ملتقى" ^(١) تبعاً لـ "الهداية" ^(٢). وفي "شرح الطحاوي": ((قولهما أحسن للفتوى))، واختاره "أبو الليث"، وأقره "المصنف"، وأجمعوا أنه لو زوجه بنته الصغيرة.....

المكافآت وغيرهن، وتماه في "الفتح" ^(٣).

[١١٨٢٦] (قوله: وهو استحسان) قال في "الهداية": ((وذكر في الوكالة أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما؛ لأن كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة ^(٤)، فكانت الاستعانة [١/٧٦٣/٣] في التزوج بالكفاءة) اهـ.

قال في "الفتح" ^(٥): ((وفيه إشارة إلى اختيار قولهما؛ لأن الاستحسان مقدم على غيره إلا في المسائل المعلومة، والحق أن قول "الإمام" ليس قياساً؛ لأنه أخذ بنفس اللفظ المنصوص، فكان النظر في أي الاستحسانين أولى؟)) اهـ. والمراد باللفظ المنصوص لفظ المؤكل.

[١١٨٢٧] (قوله: بنته الصغيرة) فلو كبيرة برضاها لا يجوز عنده خلافاً لهما، ولو زوجه أخته الكبيرة برضاها ^(٦) جاز اتفاقاً، "بحر" ^(٧)، ومثله في "الذخيرة".

(قول "الشارح": وأجمعوا أنه لو زوجه بنته الصغيرة أو مؤلته لم يجوز إلخ) بناء على أن الوكيل لا يعقد لموكله مع نفسه.

(قوله: والحق أن قول الإمام ليس قياساً إلخ) فيه أن القياس ما كان دليلاً جلياً، والاستحسان ما كان دليلاً خفياً، وهنا لا شك في ظهور دليله وخفاء دليلهما، تأمل. على أن "الطحاوي" قال: ((قولهما أحسن للفتوى)).

(١) "ملتقى الأبحر" - كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء - فصل: تعتبر الكفاءة ٢٤١/١.

(٢) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠٤/١.

(٣) انظر "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠٢/٣ - ٢٠٣.

(٤) في "الهداية": ((الزوجة)).

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠٣/٣.

(٦) ((برضاها)) ليست في عبارة "البحر".

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء - فصل: بعض مسائل الوكيل والفضل ١٥١/٣.

أَوْ مَوْلِيَّتَهُ لَمْ يَحْزُرْ، كَمَا لَوْ أَمَرَهُ بِمَعِيْنَةٍ أَوْ بِحُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ فَخَالَفَ، أَوْ أَمَرَهُ بِتَزْوِجِهَا
وَلَمْ تُعَيِّنْ فَرْوَجَهَا غَيْرَ كَفٍّ.....

[١١٨٢٨] (قوله: أَوْ مَوْلِيَّتَهُ) بتشديد الياء كَمَرْمِيَةٍ: اسمٌ مفعول، أي: التي هي مَوْلى عليها من جِهَتِهِ، أي: له عليها الولاية، وهذا عطفٌ عامٌ على خاصٍّ، وذلك كبنتِ أخيه الصَّغِيرَةِ.
[١١٨٢٩] (قوله: كَمَا لَوْ أَمَرَهُ بِمَعِيْنَةٍ) محترزٌ قولِ المتن: ((امْرَأَةٍ)) بالتَّنْكِيرِ، ومثله ما لو عَيَّنَ المهرَ كَألفٍ فَرْوَجَهُ بِأَكْثَرِ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا غَيْرَ عَالِمٍ فَهُوَ عَلَى خِيَارِهِ، فَإِنْ فَارَقَهَا فَلَهَا الْأَقْلُ مِنَ الْمُسَمَّى وَمَهْرُ الْمَثَلِ، وَلَوْ هِيَ الْمُوَكَّلَةُ وَسَمَّتْ لَهُ أَلْفًا فَرْوَجَهَا، ثُمَّ قَالَ الزَّوْجُ - وَلَوْ بَعْدَ الدُّخُولِ -: تَزَوَّجْتُكَ بِدَيْنَارٍ، وَصَدَّقَهُ الْوَكِيلُ إِنْ أَقَرَّ الزَّوْجُ أَنَّهَا لَمْ تُوَكَّلْ بِدَيْنَارٍ فَهِيَ بِالْخِيَارِ، فَإِنْ رَدَّتْ فَلَهَا مَهْرُ الْمَثَلِ بِالْعَامَا بَلْعًا، وَلَا نَفَقَةَ عِدَّةٍ لَهَا؛ لِأَنَّ بِالرَّدِّ تَبَيَّنَ أَنَّ الدُّخُولَ حَصَلَ فِي نِكَاحٍ مُوقُوفٍ، فَيُوجِبُ مَهْرَ الْمَثَلِ دُونَ نَفَقَةِ^(١) الْعِدَّةِ، وَإِنْ كَذَّبَهَا الزَّوْجُ فَالْقَوْلُ لَهَا مَعَ مَعِيْنَتِهَا، فَإِنْ رَدَّتْ فَبَاقِي الْجَوَابِ بِحَالِهِ^(٢)، وَيَجِبُ الْإِحْتِيَاظُ فِي هَذَا، فَإِنَّهُ رِمَا يَحْصُلُ لَهَا مِنْهُ أَوْلَادٌ ثُمَّ تُنْكَرُ قَدْرَ مَا زَوَّجَهَا بِهِ الْوَكِيلُ، وَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهَا فَتَرُدُّ النِّكَاحَ، "فَتْح"^(٣) مَلْخَصًا. قَالَ فِي "الْبِرَازِيَّةِ"^(٤): ((وهذا إِنْ ذُكِرَ الْمَهْرُ، وَإِنْ لَمْ يُذْكَرْ فَرْوَجَهُ بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِ الْمَثَلِ بَعَا لَا يَتَغَايَبُ فِيهِ النَّاسُ، أَوْ زَوَّجَهَا بِأَقْلٍ مِنْهُ كَذَلِكَ صَحَّ عَنْهُ خِلَافًا لَهَا^(٥)، لَكِنْ لِلْأَوَّلِيَاءِ حَقُّ الِاعْتِرَاضِ فِي جَانِبِ الْمَرْأَةِ دَفْعًا لِلْعَارِ عَنْهُمْ)) اهـ.

(قوله: فَإِنْ رَدَّتْ فَلَهَا مَهْرُ الْمَثَلِ بِالْعَامَا بَلْعًا) إلخ الفرقُ بين هذه وألتي قَبْلَهَا - حَيْثُ وَجَبَ فِيهَا الْأَقْلُ، وَهَذِهِ وَجَبَ فِيهَا مَهْرُ الْمَثَلِ بِالْعَامَا بَلْعًا - مَا فِي "الْبَحْرِ" عَنْ "الْخَانِيَّةِ" حَيْثُ قَالَ: ((لَهَا مَهْرٌ مُثْلُهَا بِالْعَامَا بَلْعًا، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ ثَمَّةَ الْمَرْأَةِ رَضِيَتْ بِالْمُسَمَّى، فَإِذَا بَطَلَ النِّكَاحُ وَوَجَبَ الْعَقْرُ لَا يُزَادُ عَلَى مَا رَضِيَتْ بِهِ، أَمَا هُنَا مَا رَضِيَتْ بِالْمُسَمَّى فِي الْعَقْدِ فَكَانَ لَهَا بِالْعَامَا بَلْعًا إلخ)) اهـ.

(١) ((نَفَقَةُ)) سَاقِطَةٌ مِنْ "أ".

(٢) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((قَالَ فِي "التَّحْنِيسِ": وَيَجِبُ الْإِحْتِيَاظُ)). ق ١٥٩/ب.

(٣) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْوَكَاةِ بِالنِّكَاحِ وَغَيْرِهَا ٢٠٣/٣ - ٢٠٤.

(٤) "الْبِرَازِيَّةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - الْفَصْلُ الْحَادِي عَشَرَ فِي الْوَكَاةِ فِيهِ ١٣٠/٤ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةِ").

(٥) الَّذِي فِي مَطْبُوعَةِ "الْبِرَازِيَّةِ": ((خِلَافَهُمَا))، وَهُوَ تَحْرِيفٌ كَمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ السِّيَاقُ.

لم يَجْزِ اتِّفَاقًا.

(ولو) زَوَّجَهُ المأمورُ بِنِكَاحِ امْرَأَةٍ (امْرَأَتَيْنِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ لَا) يَنْفُذُ لِلْمُخَالَفَةِ،
وَلَهُ أَنْ يُجَيِّزَهُمَا أَوْ إِحْدَاهُمَا، وَلَوْ فِي عَقْدَيْنِ لَزِمَ الْأَوَّلُ.....

وانظر ما قدَّمناه^(١) في باب الوليِّ.

[١١٨٣٠] (قوله: لم يَجْزِ اتِّفَاقًا) لأنَّ الكفَّاءةَ مُعْتَبَرَةٌ فِي حَقِّهَا، فَلَوْ كَانَ كَفًّا إِلَّا أَنَّهُ أَعْمَى أَوْ مُعَقَّدٌ أَوْ صَبِيٌّ أَوْ مَعْتَوَةٌ فَهُوَ جَائِزٌ، وَكَذَا لَوْ كَانَ خَصِيًّا أَوْ عَيْنًا وَإِنْ كَانَ لَهَا التَّفْرِيقُ بَعْدَ ذَلِكَ، "بحر"^(٢). ثُمَّ قَالَ: ((وَلَوْ زَوَّجَهَا مِنْ أَبِيهِ أَوْ ابْنِهِ لَمْ يَجْزِ عَنْدهُ، وَفِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَا يَنْفُذُ فَعَلُ الْوَكِيلِ فَالْعَقْدُ مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَةِ الْمُوَكَّلِ، وَحُكْمُ الرَّسُولِ كَحُكْمِ الْوَكِيلِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا، وَتَوَكُّلُ الْمَرْأَةِ الْمُتَزَوِّجَةِ بِالتَّزْوِيجِ إِذَا طَلَّقَتْ [ب/٧٦ق/٣] وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا صَحِيحٌ، كَتَوَكُّلِهِ أَنْ يُزَوِّجَهُ الْمُتَزَوِّجَةَ، فَطَلَّقَتْ وَحَلَّتْ فَزَوَّجَهَا فَإِنَّهُ صَحِيحٌ)).

[١١٨٣١] (قوله: بِنِكَاحِ امْرَأَةٍ) نَكَّرَهَا دَلَالَةً عَلَى أَنَّهُ لَوْ عَيْنَهَا فَزَوَّجَهَا مَعَ أُخْرَى لَا يَكُونُ مُخَالَفًا، بَلْ يَنْفُذُ عَلَيْهِ فِي الْمَعْنَى، وَفِي "الْحَانِئَةِ"^(٣): ((وَكَلَّهُ بِأَنْ يُزَوِّجَهُ فَلَانَةً أَوْ فَلَانَةً فَأَيُّهُمَا زَوَّجَهُ جَائِزٌ، وَلَا يَطُلُّ التَّوَكُّلُ بِهَذِهِ الْجِهَالَةِ))، "نهر"^(٤).

[١١٨٣٢] (قوله: لِلْمُخَالَفَةِ) تَعْلِيلٌ قَاصِرٌ، وَعِبَارَةٌ "الْهُدَايَةِ"^(٥): ((لَأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى تَفْظِيلِهِمَا لِلْمُخَالَفَةِ، وَلَا إِلَى التَّفْظِيلِ فِي إِحْدَاهُمَا غَيْرَ عَيْنٍ لِلْجِهَالَةِ، وَلَا إِلَى التَّعْيِينِ لِعَدَمِ الْأَوَّلِيَّةِ، فَتَعَيَّنَ التَّفْرِيقُ)) اهـ.

[١١٨٣٣] (قوله: وَلَهُ أَنْ يُجَيِّزَهُمَا أَوْ إِحْدَاهُمَا) اعْتَرَضَ "الزَّيْلَعِيُّ"^(٦) بِهَذَا عَلَى قَوْلِ

(١) المَقُولَةُ رَقْم [١١٥٥٢] قَوْلُهُ: ((قِيلَ: يَشْتَرُطُ))، وَصَدَّ ٢٣١ - (تَنْبِيهِ).

(٢) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ - فَصْلُ: بَعْضُ مَسَائِلِ الْوَكِيلِ وَالْفَضْلِيُّ ١٥١/٣.

(٣) "الْحَانِئَةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْوَكَاةِ ٣٤٦/١ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةِ").

(٤) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ - فَصْلُ فِي الْوَكَاةِ بِالنِّكَاحِ ق ١/١٧٧.

(٥) "الْهُدَايَةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ - فَصْلُ فِي الْوَكَاةِ بِالنِّكَاحِ وَغَيْرِهَا ٢٠٣/١.

(٦) "تَبْيِينَ الْحَقَائِقِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ - فَصْلُ فِي الْوَكَاةِ بِالنِّكَاحِ وَغَيْرِهَا ١٣٤/٢.

وتوقَّف الثاني، ولو أمره بامرأتين في عُقْدَةٍ، فزَوَّجَهُ واحدةً أو ثنتين في عُقْدَتَيْنِ جاز، إلا إذا قال: لا تُزَوِّجْنِي إِلَّا امرأتين في عُقْدَةٍ أو في عُقْدَتَيْنِ لم تَحْزُ المخالفة...

"الهداية"^(١): ((فَتَعَيَّنَ التَّفْرِيقُ))، وأجاب في "البحر"^(٢): ((بأنَّ مرادَهُ عندَ عدمِ الإجازة، فإنَّ أجازَ نكاحَهُما أو إحداهما نَفَذَ)).

[١١٨٣٤] (قوله: وتوقَّف الثاني) لأنَّه فضوليٌّ فيه، "ط"^(٣).

[١١٨٣٥] (قوله: إلا إذا قال إلخ) في "غاية البيان": ((أمره بامرأتين في عُقْدَةٍ فزَوَّجَهُ واحدةً جاز، إلا إذا قال: لا تُزَوِّجْنِي إِلَّا امرأتين في عُقْدَةٍ فلا يجوز)) اهـ، أي: لا يجوزُ أن يُزَوَّجَهُ واحدةً، فلو زَوَّجَهُ ثنتين في عُقْدَتَيْنِ فالظاهرُ عدمُ الجواز؛ لأنَّ قوله: ((في عُقْدَةٍ)) داخلٌ تحتِ الحَصْرِ، وهو المفهومُ من كلام "الشارح". ٣٢٥/٢

وفي "المحيط": ((أمره بامرأتين في عُقْدَةٍ، فزَوَّجَهُما في عُقْدَتَيْنِ جاز، وفي: لا تُزَوِّجْنِي امرأتين إِلَّا في عُقْدَتَيْنِ^(٤) فزَوَّجَهُما في عُقْدَةٍ لا يجوز، والفرق: أنَّه في الأوَّل أثبتَ الوكالةَ حالةَ الجمع ولم يَنْفِها حالةَ التَّفْرِدِ نصًّا بل سَكَتَ، والتَّصْيِصُ على الجمع لا يَنْفِي ما عداه، وفي الثاني نفاها حالةَ التَّفْرِدِ، والنَّفْيُ مفيدٌ لما في الجمع من تعجيل مقصوده^(٥)، فلم يَصِرْ وكيلاً حالةَ الانفراد^(٦)) اهـ. والظاهر: أنَّ في صورة النفي هذه لو زَوَّجَهُ امرأةً يصحُّ، ولا يتوقَّف على تزويج الثانية

(قوله: وفي: لا تُزَوِّجْنِي امرأتين إِلَّا في عُقْدَتَيْنِ فزَوَّجَهُما في عُقْدَةٍ لا يجوز إلخ) هكذا عبارة "البحر" عن "المحيط"، ولعلَّ أصلها: إِلَّا في عُقْدَةٍ فزَوَّجَهُما في عُقْدَتَيْنِ؛ بدليل ما ذكره من الفرق.

(١) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠٣/١.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٥٠/٣.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٦/٢.

(٤) ((إلا في عقدتين)) ساقط من "ط".

(٥) في "د" زيادة: ((فلا بد من مراعاة النفي فلم يصر...)). ق ١٥٩/ب.

(٦) في "د" زيادة: (("بحر" عن "المحيط")).

(ولا يتوقفُ الإيجابُ على قبولِ غائبٍ عن المجلسِ في سائرِ العقودِ) من نكاحٍ وبيعٍ وغيرهما، بل يطلُّ الإيجابُ،.....

في عقدٍ آخر، وكذا في صورةِ النفي في كلام "الشارح"، وهي: لا تزوجني إلا امرأتين في عقدتين، وهو خلافُ المفهوم من كلامه، فتأمل.

[١١٨٣٦] (قوله: على قبولِ غائبٍ أي: شخصٍ غائبٍ، فإذا أوجبَ الحاضرُ وهو فضوليُّ من جانبٍ أو من الجانبين لا يتوقفُ على قبولِ الغائبِ، بل يطلُّ وإن قَبِلَ العاقدُ الحاضرُ بأن تكلمَ بكلامين كما يأتي^(١)). وقيدَ بالغائبِ لأنه لو كان حاضراً فتارةً يتوقفُ كالفضوليِّ، وتارةً ينفذُ بأن لم يكن فضوليًّا ولو من جانبٍ كما في الصورِ الخمسِ الآتية^(٢)).

[١١٨٣٧] (قوله: في سائرِ العقودِ) قال "المصنف" في "المنح"^(٣): ((هو أولى مما وقعَ في "الكثر"^(٤)) من قوله: على قبولِ [١/٧٧ق/٣] ناكحٍ غائبٍ؛ لأنه ربما أفهمَ الاختصاصَ بالنكاحِ وليس كذلك)).

[١١٨٣٨] (قوله: بل يطلُّ) لما كان يُتوهمُ من عدمِ التوقفِ أنه تامٌّ اكتفاءً بالإيجابِ وحده

(قوله: وهو خلافُ المفهوم من كلامه إلخ) فيه أنه في الصورةِ الأولى من "الشارح" أثبتَ له ولايةَ جمعِ المرأتين في عقدٍ واحدٍ ونفى التفریق، فإذا جمعَهُما في عقدٍ نَفَذَ، وإذا فَرَّقَ لا ينفذُ، وفي الثانيةِ أثبتَها حالةَ الانفرادِ ونفاهَا حالةَ الجمعِ فبمجردِ وجودِ العقدِ على واحدةٍ ينفذُ لعدمِ المخالفةِ لوجودِ التفریق فلا يتوقفُ على تزويجِ الثانيةِ، فليس في كلامه ما يدلُّ على أنه إذا زوجهَ واحدةً لا ينفذُ إلا إذا زوجهَ الأخرى، غايةً ما أفادهُ أنه ليس له ولايةُ الجمعِ فيها.

(١) للمقولة [١١٨٤٦] قوله: ((وإن تكلمَ بكلامين)).

(٢) "در" ص ٣٢٩-٣٣٠.

(٣) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام الكفاءة ١/ق ١٢٢ ب.

(٤) انظر "شرح العيني على الكثر": كتاب النكاح - باب الأولياء - فصل في بيان الوكالة بالنكاح وغيره ١/١٥٠.

ولا تلحقه الإجازة اتفاقاً.

(وَيَتَوَلَّى طرقي النكاح واحد) بإيجاب يقوم مقام القبول في خمس صور: كأن كان ولياً، أو وكيلاً من الجانبين^(١)، أو أصيلاً من جانب ووكيلاً أو ولياً من آخر،

دفع هذا الإيهام بالإضراب، ومحل البطلان إذا لم يقبل فضولي عن الغائب، أمّا إذا قبل عنه توقّف على الإجازة، "ط"^(٢).

(قوله: ولا تلحقه الإجازة) يعني: أنه إذا بلغ الآخر الإيجاب فقيل لا يصح العقد؛ لأنّ الباطل لا يجاز، "ط"^(٣).

(١١٨٣٩) (قوله: يقوم مقام القبول) كقوله مثلاً: زوّجت فلانة من نفسي، فإنّه يتضمّن الشّطرين، فلا يحتاج إلى القبول بعده، وقيل: يشترط ذكر لفظ هو أصيل فيه ك: تزوّجت فلانة، بخلاف ما هو نائب فيه ك: زوّجتها من نفسي، وكلام "الهداية"^(٤) صريح في خلافه كما في "البحر"^(٥) عن "الفتح"^(٦).

(١١٨٤١) (قوله: ولياً أو وكيلاً من الجانبين) ك: زوّجت ابني بنت أخي، أو زوّجت مؤكّلي فلاناً مؤكّلي فلانة، قال "ط"^(٧): ((ويكفي شاهدان على وكالته ووكاليتها وعلى العقد؛ لأنّ الشّاهد يتحمّل الشّهادات العديدة)) اهـ. وقدّمنا^(٨) أنّ الشّهادة على الوكالة لا تلزم إلّا عند الجُحود. (١١٨٤٢) (قوله: ووكيلاً أو ولياً من آخر) كما لو وكلّته امرأة أن تزوّجها من نفسه^(٩)،

(١) في "د" زيادة: ((قوله: كان كان ولياً أو وكيلاً من الجانبين إلخ، قال "القهستاني": كان يزوّج ابنته من ابن أخيه، أو بنت أخيه من ابنه، وهما صغيران. انتهى)). ق ١٦٠ أ.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٦/٢.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٦/٢.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠٣/١.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٥٠/٣. بتصرف.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ١٩٧/٣.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب الكفاءة ٤٦/٢.

(٨) المقولة [١١٨٢٢] قوله: ((أمره بتزويج إلخ)).

(٩) في "د" زيادة: ((فرع: وكلّته أن يزوّجها منه غداً بعد الظهر فزوّجه قبل الظهر أو بعد الغد لا يجوز، كذا في "الهدية". =

أو ولياً من جانبٍ وكيلاً من آخر ك: زَوَّجْتُ بِنْتِي مِنْ مُوَكَّلِي (ليس) ذلك الواحد (بفضولي) ولو (مِنْ جانبٍ) وَإِنْ تَكَلَّمْ بِكَلَامَيْنِ عَلَى الرَّاجِحِ؛.....

أو كانت له بنتٌ عَمٌ صغيرةٌ لا وليَّ لها أقرب منه فقال: تَزَوَّجْتُ مُوَكَّلِي أَوْ بِنْتَ عَمِّي.
[١١٨٤٣] (قوله: ك: زَوَّجْتُ بِنْتِي مِنْ ^(١) مُوَكَّلِي) مثالٌ للصُّورة الخامسة، ولا بدَّ من التعريف بالاسم والنسب، وإِذَا لم يَذْكُرْهُ لِأَنَّهُ مَرَّ بِيَانِهِ ^(٢).

[١١٨٤٤] (قوله: ليس ذلك الواحد) أي: المتولّي للطرفين ((بفضولي)) كما في الخمسِ المارّة ^(٣).
[١١٨٤٥] (قوله: ولو مِنْ جانبٍ) أي: سواء كان فضولياً من جانبٍ واحدٍ أو من جانبين، أي: جانبِ الزَّوْجِ والزَّوْجَةِ، فإذا كان فضولياً منهما أو كان فضولياً من أحدهما، وكان من الآخر أصيلاً أو وكيلاً أو ولياً ففي هذه الأربع لا يتوقّف، بل يَظَلُّ عندهما خلافاً لـ "الثاني" حيث قال: إِنَّهُ يتوقّف على قبولِ الغائب كما يتوقّف اتفاقاً لو قَبِلَ عنه فضولي آخر، والخمسة السابقة ^(٤) نافذة اتفاقاً، وبقي صورةٌ عاشرةٌ عقليةٌ، وهي الأصلُ من الجانبين لم يَذْكُرْها لاستحالتها.

[١١٨٤٦] (قوله: وَإِنْ تَكَلَّمْ بِكَلَامَيْنِ) أي: بإيجابٍ وقبول ك: زَوَّجْتُ فَلَانًا وَقَبِلْتُ عَنْهُ ^(٥)، وهذه مبالغةٌ على المفهوم، وهو أَنَّ الواحد لا يتولّى طَرَفِي النِّكَاحِ عندهما إذا كان فضولياً

= قلت: ولكن في وكالة "البرازية": الشركة في الأظهر تتوقف، والوكالة لا، حتى لو قال: وكلتك ببيع عبدي اليرم فباعه غداً يجوز. قال: ومثله في "شرح الطحاوي": أنت وكلني غداً في بيع عبدي هذا صار وكيلاً في الغد وبعده، لا قبله. اهـ فتأمل)). ق ١/١٦٠.

(١) ((من)) ساقطة من "الأصل" و"٣" و"ب".

(٢) "در" ٣٢٩-٣٣٠.

(٣) "در" ٣٢٩- وما بعدها.

(٤) "در" ٣٢٩- وما بعدها.

(٥) في "د" زيادة: ((لم يكن متوقفاً على قولهما، وعند أبي يوسف: يتوقف، لأنه لو كان مأموراً من الجانبين ينعقد، فإذا كان فضولياً يتوقف، ولهما أَنَّ الموجود شرطُ العقد، وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس، وهو الحق لاتفاق أهل المذهب في نقل قولهما على أَنَّ الفضولي لا يتولّى الطرفين. من "البحر" ملخصاً)). ق ١/١٦٠.

لأن^(١) قبوله غير مُعتَبَرٍ شرعاً؛ لما تقررَ أنَّ الإيجابَ لا يتوقَّفُ على قبولِ غائبٍ.
(ونكاحُ عبيدٍ وأمةٍ بغيرِ إذنِ السيِّدِ موقوفٌ) على الإجازة.....

ولو من جانبٍ، سواءً تكلمَ بكلامٍ واحدٍ أو بكلامين خلافاً لما في حواشي "الهداية" و"شرح الكافي": ((من أنه إنما يَطلُّ عندهما إذا تكلمَ بكلامٍ واحدٍ، أمَّا [٣/٧٧ق/ب] لو تكلمَ بكلامين فإنه لا يَطلُّ، بل يتوقَّفُ على قبولِ الغائبِ اتفاقاً))، وردَّه في "الفتح"^(٢): ((بأنَّ الحقَّ خلافه، وأنه لا وجودَ لهذا القيدِ في كلامِ أصحابِ المذهب، وإنما المنقولُ أنَّ الفضوليَّ الواحدَ لا يتولَّى الطرفين عندهما، وهو مطلق)).

[١١٨٤٧] (قوله: لأنَّ قبوله) أي: الفضوليَّ المتولَّى الطرفين.

[١١٨٤٨] (قوله: لما تقررَ إلخ) حاصله أنَّ الإيجابَ لمَّا صدرَ من الفضوليِّ، وليس له قابلٌ في المجلس - ولو فضولياً آخرَ - صدرَ باطلاً غيرَ متوقَّفٍ على قبولِ الغائبِ، فلا يُفيدُ قبولُ العاقدِ بعده، ولم يخرجْ بذلك عن كونه فضولياً من الجانبين، قال في "الفتح"^(٣): ((إنَّ كونَ كلامي الواحدِ عقداً تاماً هو أثرُ كونه مأموراً من الطرفين، أو من طرفٍ وله ولايةُ الطرفِ الآخر)).

[١١٨٤٩] (قوله: ونكاحُ عبيدٍ) أي: ولو مُدبِّراً أو مكاتباً، "نهر"^(٤).

[١١٨٥٠] (قوله: وأمةٍ) أي: ولو أمَّ وليٍّ، "نهر"^(٥).

[١١٨٥١] (قوله: على الإجازة) أي: إجازة السيِّدِ، أو إجازة العبدِ بعدَ الإذنِ المتأخَّرِ عن العقدِ؛ لما في "البحر"^(٦) عن "التجنيس": ((لو تزَوَّجَ بغيرِ إذنِ السيِّدِ ثمَّ أُذِنَ لا يَنفَذُ؛ لأنَّ الإذنَ

(١) في "ذ" و"و": ((إذن)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٣/٢٠٠ بتصرف.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٣/٢٠٠.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الوكالة بالنكاح ١٧٦ق/ب.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل في الوكالة بالنكاح ١٧٦ق/ب.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٤٨/٣.

(كنكاح الفضولي) سيجيء في البيوع توقّف عقودِه كلّها إنّ لها مُجيزَ حالة العَقْد،
والأ^(١) تبطل.....

ليس بإجازة، فلا بدّ^(٢) من إجازة العبد العاقل وإن صدر العَقْد منه)) اهـ.

[١١٨٥٢] (قوله: كنكاح الفضولي) أي: الذي باشره مع آخر أصيل أو ولي أو وكيل أو فضولي، أمّا لو تولى طرفي العَقْد وهو فضولي من الجانيين أو أحدهما فإنه لا يتوقّف خلافاً لـ "أبي يوسف" كما مرّ^(٣)، قال في "البحر"^(٤): ((الفضولي: مَنْ يتصرّف لغيره بغير ولاية ولا وكالة، أو لنفسه وليس أهلاً. وإنما زدناه - أي: قوله: أو لنفسه - ليدخل نكاح العبد بلا إذن إن قلنا: إنه فضولي، والأ فهو ملحق به في أحكامه)) اهـ.

والصبي كالعبد، وإنما قال: ((مَنْ يتصرّف)) لا: مَنْ يعقّد ليدخل اليمين، كما لو علّق طلاق زوجة غيره على دخول الدار مثلاً، فإنه يتوقّف على إجازة الزوج، فإن أجاز تعلّق، فتطلق^(٥) بالدخول بعد الإجازة لا قبلها ما لم يقل الزوج: أجزت الطلاق عليّ، ولو قال: أجزت هذا اليمين عليّ لزمته اليمين، ولا يقع الطلاق ما لم تدخل بعد الإجازة كما في "الفتح"^(٦) عن "الجامع"^(٧) و"المنتقى".

[١١٨٥٣] (قوله: إنّ لها مُجيزَ إلخ) فسّر المجيز في "النهاية" بـ: ((قابل يقبل الإيجاب سواء كان فضولياً أو وكيلاً أو أصيلاً))، وقال فيها في فصل بيع الفضولي: ((لو باع الصبي ماله،

(١) في "ط": ((ولا تبطل)).

(٢) في "ت": ((فلا يعد)) وهو تحريف.

(٣) المقولة [١١٨٤٥] قوله: ((ولو من جانب)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٤٧/٣.

(٥) ((تطلق)) ساقطة من "ت".

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ١٩٨/٣.

(٧) "الجامع الكبير": كتاب الطلاق - باب الطلاق يكون من غير زوج فيجيزه ص ١٨٣.

أو اشترى، أو تزوج، أو زوج أمته، أو كاتب عبده ونحوه توقف على إجازة الولي، [١/٧٨ق/٣] فلو بلغ هو فأجاز نفذ. ولو طلق، أو خلع، أو أعتق عبده على مال أو بدونه، أو وهب، أو تصدق، أو زوج عبده، أو باع ماله بمحابة فاحشة، أو اشترى بغير فاحش أو غير ذلك مما لو فعله وليه لا ينفذ كان باطلاً لعدم المحيز وقت العقد، إلا إذا كان لفظ الإجازة يصلح لابتداء العقد، فيصح على وجه الإنشاء، كأن يقول بعد البلوغ: أوقعت ذلك الطلاق أو العتاق)) اهـ.

قال في "الفتح"^(١): ((وهذا يوجب أن يُفسر المحيز هنا بمن يقدر على إمضاء العقد، لا بالقابل مطلقاً، ولا بالولي؛ إذ لا يتوقف في هذه الصور وإن قيل فصولي آخر أو ولي؛ لعدم قدرة الولي على إمضاها، فعلى هذا فما لا يحيز له - أي: ما ليس له من يقدر على الإجازة - يطل، كما إذا كان تحت حرة فزوجهُ الفصولي أمه، أو أخت امرأته، أو خامسة، أو معتدة، أو مجنونة، أو صغيرة يتيمة في دار الحرب، أو إذا لم يكن سلطان ولا قاضٍ لعدم من يقدر على الإمضاء في حالة العقد، فوقع باطلاً، حتى لو زال المانع بموت امرأته السابقة وانقضاء عدة المعتدة فأجاز لا ينفذ، وأما إذا كان فيجب أن يتوقف لوجود من يقدر على الإمضاء)) اهـ ملخصاً.

وقوله: ((وأما إذا كان)) أي: وجد سلطان أو قاضٍ في مكان عقد الفصولي على المجنونة أو اليتيمة، فيتوقف، أي: وينفذ بإجازتها بعد عقلها أو بلوغها؛ لأن وجود المحيز حالة العقد لا يلزم كونه من أولياء النسب كما تقدم^(٢) في الباب السابق قبيل قوله: ((ولولي الأبعد الترويج بغيره الأقرب)).

قوله: إلا إذا كان لفظ الإجازة يصلح لابتداء العقد فيصح على وجه الإنشاء إلخ سيأتي في أول الطلاق أنه لو قال بعد بلوغه: أوقعتُه وقع لأنه ابتداء إيقاع؛ لأن الضمير راجع إلى جنس الطلاق، ومثله لو قال: أوقعت ذلك الطلاق، بخلاف قوله: أوقعت الذي تلفظته فإنه إشارة إلى المعنى الذي حكم بطلانه إلخ.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ١٩٨/٣-١٩٩.

(٢) "در" ص ٢٧٢- وما بعدها.

((ولابن العمّ أن يزوّج بنت عمّه الصّغيرة)) فلو كبيرة فلا بدّ من الاستئذان، حتّى لو تزوّجها بلا استئذان، فسكّنت أو أفصحت بالرضا لا يجوزُ عندهما، وقال "أبو يوسف": يجوزُ، وكذا المولى المعتقُ والحاكمُ والسلطانُ، "جوهرة".....

[١١٨٥٤] (قوله: ولابن العمّ إلخ) هذه من فروع قوله: ((وتولّى طرفي النكاح واحد ليس بفضولي من جانب))، فتولاه هنا بالأصالة من جانبهِ والولاية^(١) من جانبها، ومثل الصّغيرة المعتوهة والمجنونة، ولا يخفى أن المراد: حيث لا وليّ أقرب منه.

[١١٨٥٥] (قوله: فلا بدّ من الاستئذان) أي: إذا زوّجها لنفسه لا بدّ من استئذنها قبل العقد. [١١٨٥٦] (قوله: لا يجوزُ عندهما) لأنّه تولّى طرفي النكاح وهو فضوليّ من جانبها، فلم يتوقّف عندهما بل بطلّ كما مرّ^(٢)، وإذا لم يتوقّف لا ينفذ بالإجازة بعده بالسكوت أو الإفصاح، وهذا إذا زوّجها لنفسه كما قلنا^(٣)، أمّا لو زوّجها لغيره بلا استئذان سابق فسكّنت بكرًا، أو أفصحت بالرضا ثيبًا يكون إجازة؛ لأنّه انعقد موقوفًا لكونه لم يتولّ الطرفين بنفسه، [٧٨٣/٢ب] بل باشر العقد مع غيره من أصيل أو وليّ أو وكيل أو فضوليّ، فتكون المسألة حينئذٍ من فروع قوله: ((كنكاح فضولي)).

[١١٨٥٧] (قوله: "جوهرة"^(٤)) جميع ما تقدّم من قوله: ((ولابن العمّ)) إلى قوله: ((السلطان)).

(قول "الشارح": وكذا المولى المعتق والحاكم إلخ) قال "الرحمّي": ((أي: كما أن ابن العمّ لا يزوّج الكبيرة من نفسه إلّا بعد الاستئذان كذا سائر الأولياء، ومنهم المولى المعتق والحاكم والسلطان؛ لأنهم لا ولاية لهم بحرة على الحرة البالغة العاقلة، ولم يتعرّض للصّغيرة، وحكّمها: أنّه يزوّجها من نفسه إذا لم يوجد مانع، كما في القاضي والسلطان)) اهـ. وعلى هذا تكون عبارة "الجوهرة" محرّرة.

(١) في "٣": ((الوكالة)) وهو تحريف.

(٢) المقولة [١١٨٤٥] قوله: ((ولو من جانب)).

(٣) المقولة [١١٥٤١] قوله: ((ولو زوجها لنفسه)).

(٤) "الجوهرة الثيرة": كتاب النكاح ٨٧/٢.

يعني: بخلاف الصَّغِيرَةِ كما مرَّ، فليحرَّرْ.....

عبارة "الجوهرة"، "ح" (١).

(١٩٥٨) (قوله: يعني: بخلاف الصَّغِيرَةِ إلخ) توضيحه: أنَّ قول "الجوهرة" (٢): ((وكذا المولى إلخ)) إشارة إلى أنَّ ذكرَ ابنِ العمِّ أولاً غيرُ قيدٍ، بل المرادُ به مَنْ له ولايةُ التَّزْوَجِ والتَّزْوَيجِ، وظاهرُهُ أنَّ هذا التَّعْمِيمَ جارٍ في الصَّغِيرَةِ والكَبِيرَةِ، أي: يُزَوِّجُ الوَلِيُّ الصَّغِيرَةَ مِنْ نَفْسِهِ، وكذا الكَبِيرَةَ لَكِنْ بِالِاسْتِذْنَانِ، وهذا صحيحٌ في الكَبِيرَةِ، أمَّا الصَّغِيرَةُ فلا؛ لأنَّه ليس للحاكمِ والسُّلْطَانِ أنْ يَتَزَوَّجَا (٣) صَغِيرَةً لَا وَلِيَّ لَهَا غَيْرُهُمَا؛ لأنَّ فَعْلَهُمَا حَكْمٌ، فَيَتَعَيَّنُ أنْ يَكُونَ قَوْلُ "الجوهرة": ((وكذا إلخ)) راجعاً إلى قوله: ((فلو كَبِيرَةً)) لبيانِ تَعْمِيمِ الوَلِيِّ فِيهَا فَقَطْ، وهذا معنى قول "الشَّارَحِ": ((بخلافِ الصَّغِيرَةِ كما مرَّ (٤))، أي: في الفروع من الباب السَّابِقِ في قوله: ((ليس للقاضي تزويج الصَّغِيرَةِ مِنْ نَفْسِهِ إلخ))، لكنْ بَعْدَ حَمَلِ كَلَامِ "الجوهرة" على هذا يَبْقَى فِيهِ إِشْكَالٌ آخَرٌ، وهو أنَّ الحَاكِمَ والسُّلْطَانَ لَا يُزَوِّجَانِ الصَّغِيرَةَ لِنَفْسِهِمَا (٥)؛ لأنَّ فَعْلَهُمَا حَكْمٌ كَمَا مرَّ (٦)، وهذا لَا يَظْهَرُ فِي المَوْلَى المُعْتَقِ، فَقَرَأْنَاهُ مَعَهُمَا فِي الذَّكْرِ وَإِنْ ظَهَرَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الكَبِيرَةِ لَكِنَّهُ لَا يَظْهَرُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الصَّغِيرَةِ المَفْهُومَةِ مِنَ التَّقْيِيدِ بِالكَبِيرَةِ، فَلِذَا قَالَ: ((فليحرَّرْ))، فافهم.

والذي يَظْهَرُ: أَنَّهُ لَا مَانَعَ مِنْ تَزْوَاجِ المَوْلَى المُعْتَقِ مُعْتَقَتَهُ الصَّغِيرَةَ لِنَفْسِهِ حَيْثُ لَا وَلِيَّ أَقْرَبَ مِنْهُ؛ لأنَّه حِينَئِذٍ هُوَ الوَلِيُّ المُجْبِرُ، فَيَكُونُ أَصِيلاً مِنْ جَانِبِهِ وَلِيّاً مِنْ جَانِبِهَا كَابِنِ العمِّ، فَيَكُونُ

(١) "ح": كتاب النكاح - باب الكفاءة ق ١٦٢/أ.

(٢) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٨٧/٢.

(٣) في "الأصل": ((يزوجا))، وهو خطأ.

(٤) "در" ص ٢٧٠.

(٥) في "م": ((لنفسهما)).

(٦) "در" ص ٢٧٠.

(من نفسه) فيكون أصيلاً من جانبٍ ولياً من آخر (كما للوكيل) الذي وكلته أن يزوجه من نفسه^(١)،.....

داخلاً تحت قولهم: وَيَتَوَلَّى طَرَفِي النِّكَاحِ واحدٌ ليس بفضولي من جانبٍ، ولا يُعارض ذلك عبارة "الجوهرة" التي هي غير مُحَرَّرَةٍ؛ إذ لولا وجود المانع في الحاكم - وهو أن فعله حكم - لكان داخلاً تحت هذه القاعدة، ولا مانع في المولى، فيبقى داخلاً تحتها، وأيضاً لو كان المولى كالحاكم يُلْزَمُ أن لا يملك تزويجها من ابنه ونحوه ممن لا تُقبل شهادته له، وبخالفه ما في "الفتح"^(٢) عن "التجنيس": ((لو زَوَّجَ القَاضِي الصَّغِيرَةَ الَّتِي هُوَ وَلِيُّهَا مِنْ ابْنِهِ لَا يَجُوزُ كَالْوَكِيلِ بِخِلَافِ سَائِرِ الْأَوْلِيَاءِ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَ القَاضِي حَكْمًا، وَحُكْمُهُ لَا يَبْجُزُ لَابْنِهِ لَا يَجُوزُ بِخِلَافِ تَصَرُّفِ الْوَلِيِّ)) اهـ. فقولُهُ: ((بِخِلَافِ سَائِرِ الْأَوْلِيَاءِ)) يَشْمَلُ الْمَوْلَى الْمُعْتَقَ، فَهَذَا صَرِيحٌ فِي أَنَّهُ لَيْسَ كَالْقَاضِي.

٣٢٧/٢

(تنبيه)

[٣/٧٩ق/١٧] تَقَدَّمَ أَنَّ الْمُعْتَقَ آخِرَ الْعَصَبَاتِ، وَأَنَّ لَهُ وَلَايَةَ التَّزْوِيجِ وَلَوْ كَانَ امْرَأَةً، ثُمَّ بَنُوهُ وَإِنْ سَقَطُوا، ثُمَّ عَصَبَتُهُ مِنَ النَّسَبِ عَلَى تَرْتِيبِهِمْ كَمَا فِي "الفتح"^(٤)، وَحَيْثُ عَلِمْتَ أَنَّ لَهُ تَزْوِيجَ الصَّغِيرَةِ لِنَفْسِهِ فَكَذَا بَنُوهُ وَعَصَبَاتُهُ، وَكَذَا لَوْ كَانَ امْرَأَةً تَزَوَّجَ مُعْتَقَهَا الصَّغِيرَ لِنَفْسِهَا، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

[١١٨٥٩] (قوله: من نفسه) في "المغرب"^(٥): ((زَوَّجْتُهُ امْرَأَةً، وَتَزَوَّجْتُ امْرَأَةً، وَلَيْسَ فِي كَلَامِهِمْ: تَزَوَّجْتُ بامرأة، وَلَا زَوَّجْتُ مِنْهُ امْرَأَةً)).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: من نفسه، صوابه: نفسه بإسقاط [من])). ق ١٦٠/أ.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٨٣/٣ باختصار.

(٣) المقولة [١١٦٨٠] قوله: ((يقدم ابن المجنونة على أبيها)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأقفاء ١٨١/٣.

(٥) "المغرب": مادة ((زوج)).

(٦) في "د" زيادة: ((أبو السعود عن الحموي، وفي "القاموس": زوجته امرأة، وتزوجت امرأة، وبها، أو هذه قليلة

﴿وَزَوَّجْتُهُمْ بِمَحْرَمِينَ﴾ قرأهم)) ق ١٦٠/أ.

فإنَّ له (ذلك) فيكونُ أصيلاً من جانبٍ وكيلاً من آخرَ (بخلافِ ما لو وكلَّته بتزويجِها

[١١٨٦٠] قوله: فإنَّ له (ذلك) أي: تزويجها لنفسه بشرط أن يعرفها الشهود، أو يُذكر اسمها واسم أبيها وجدها، أو تكون حاضرة متنبئة، فتكفي الإشارة إليها، وعند "الخصاف" لا يشترط كل ذلك، بل يكفي قوله: زوّجت نفسي من مؤكّلي كما بسطه في "الفتح" ^(١) و"البحر" ^(٢)، وقدمنا ^(٣) الكلام عليه عند قوله: ((وبشرط حضور شاهدين)).

ثم إنَّ قول "الشارح": ((فإنَّ له)) أخرج إعراب المتن عن أصله، ولا يضر ذلك؛ لأنَّه لم يُغيّر اللفظ، وإنما زاده لإصلاح المتن، فإنَّ قول "المصنف": ((كما للوكيل)) الكاف فيه للتشبيه بمسألة ابن العم، و((ما)) مصدرية أو كافة، و((للوكيل)) خبر مقدم، والمصدر المنسبك من ((أن)) وصلتها مبتدأ مؤخر، واسم الإشارة بدل منه، وفيه أمران:

الأوّل: إطلاق الوكيل مع أنَّ المراد منه وكيل مقيّد، بأنَّ تزويجها من نفسه.

والثاني: أنَّه لا حاجة إلى زيادة اسم الإشارة، فأصلح "الشارح" الأوّل بزيادة قوله: ((الذي وكلَّته)) والثاني بزيادة قوله: ((فإنَّ له))، وحيث قلَّ قوله: ((للوكيل)) خبر مبتدأ محذوف تقديره: أنَّ يُزوَّج ^(٤) من نفسه، ولم يُصرَّح به لدلالة التشبيه عليه، وقوله: ((الذي وكلَّته إلخ)) نعت للوكيل،

قوله: الكاف فيه للتشبيه بمسألة ابن العم وما مصدرية إلخ) حقه بمسألة الوكيل؛ فإنَّها هي التي دخلتها الكاف، وجعل (ما) مصدرية - على ما قرره - لا يظهر صحته لعدم وجود فعل بعدها سابقة هي له، نعم يجوز أن تكون مصدرية فعل يتعلق به قوله: ((للوكيل)) أي: يجوز، وفاعله المصدر المنسبك بعده، لكن على هذا لا ينفع الأمر الأوّل إلا بإرادة الوكيل الخاص، كما ذكره "الشارح".

(١) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ١٩٦/٣-١٩٧.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٤٦/٣-١٤٧.

(٣) المقولة [١١٢٠٨] قوله: ((وبشرط حضور شاهدين)).

(٤) ((أن يزوج)) ساقط من "الأصل".

مِنْ رَجُلٍ فَرَّوْجَهَا مِنْ نَفْسِهِ) لَأَنَّهُا نَصَبَتْهُ مُزَوَّجًا لَا مُتَزَوَّجًا (أَوْ وَكَلَّتُهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي أَمْرِهَا، أَوْ قَالَتْ لَهُ: زَوِّجْ نَفْسِي مِمَّنْ شِئْتَ).....

وَلَا يَخْفَى حُسْنُ هَذَا السَّبِيلِ، نَعَمْ يُمْكِنُ إِصْلَاحُ كَلَامِ الْمَتْنِ بِدَوْنِهِ بِجَعْلِ اسْمِ الْإِشَارَةِ مُبْتَدَأً وَ((الْوَكِيلِ)) خَيْرُهُ، وَقَوْلُهُ: ((أَنْ يُزَوِّجَهَا)) عَلَى تَقْدِيرِ الْبَاءِ الْجَارَةِ مُتَعَلِّقٌ بِالْوَكِيلِ، وَهَذَا وَإِنْ صَحَّ لَكِنَّهُ غَيْرُ مُتَبَادِرٍ مِنْ هَذَا اللَّفْظِ، وَعَلَى كُلِّ فَلَا خَلَلٍ فِي كَلَامِ "الشَّارِحِ"، فَافْهَمْ.

[١١٨٩١] (قَوْلُهُ: مِنْ رَجُلٍ) أَي: غَيْرِ مُعَيَّنٍ، وَكَذَا الْمُعَيَّنُ بِالْأَوَّلَى، وَفِي "الْهَنْدِيَّةِ"^(١) عَنْ "الْمُحِيطِ": ((رَجُلٌ وَكُلُّ امْرَأَةٍ أَنْ تُزَوِّجَهُ، فَرَّوَجَتْ نَفْسَهَا مِنْهُ لَا يَجُوزُ)) اهـ.

[١١٨٩٢] (قَوْلُهُ: فَرَّوَجَهَا مِنْ نَفْسِهِ) وَكَذَا لَوْ زَوَّجَهَا مِنْ أَبِيهِ أَوْ ابْنِهِ عِنْدَ "أَبِي حَنِيفَةَ" كَمَا قَدَّمَاهُ^(٢) عَنْ "الْبَحْرِ"؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ لَا يَقْعِدُ مَعَ مَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ لِلتَّهْمَةِ.

[١١٨٩٣] (قَوْلُهُ: لَأَنَّهُا إِنْ يُوْهِمُ الْجَوَازَ لَوْ زَوَّجَهَا مِنْ أَبِيهِ أَوْ ابْنِهِ، وَقَدْ عَلِمَتْ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ. [٣/٧٩ق/ب])

[١١٨٩٤] (قَوْلُهُ: أَوْ وَكَلَّتُهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي أَمْرِهَا) لِأَنَّهُ لَوْ أَمَرَتْهُ بِتَزْوِيجِهَا لَا يَمْلِكُ أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْ نَفْسِهِ، فَهَذَا أَوَّلَى، "هَنْدِيَّةٌ"^(٣) عَنْ "التَّجْنِيسِ".

قُلْتُ: وَمَقْتَضَى التَّلْعِيلِ صَحَّةُ تَزْوِيجِهَا مِنْ غَيْرِهِ، وَيَنْبَغِي تَقْيِيدُهُ بِالْقَرِينَةِ، وَيَنْبَغِي أَنَّهُ لَوْ قَامَتْ قَرِينَةٌ عَلَى إِرَادَةِ تَزْوِيجِهَا مِنْهُ أَنَّهُ يَصَحُّ، كَمَا لَوْ خَطَبَهَا لِنَفْسِهِ فَقَالَتْ: أَنْتَ وَكَيْلٌ فِي أُمُورِي.

[١١٨٩٥] (قَوْلُهُ: أَوْ قَالَتْ لَهُ) فِي غَالِبِ النُّسخِ بـ ((أَوْ))، وَفِي بَعْضِهَا بِالْوَاوِ، وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَوْافِقُ لِمَا فِي "الْبَحْرِ"^(٤) وَغَيْرِهِ، فَهِيَ مَسْأَلَةٌ ثَانِيَّةٌ، وَنَقَلَ "الْمُصَنِّفُ" فِي "الْمَنْحِ"^(٥) عَنْ "جَوَاهِرِ

(١) "الْفَتَاوَى الْهَنْدِيَّةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - الْبَابُ السَّادِسُ فِي الْوَكَالَةِ وَغَيْرِهَا ٢٩٥/١.

(٢) الْمَقُولَةُ [١١٨٣٠] قَوْلُهُ: ((لَمْ يَجَزْ اتِّفَاقًا)).

(٣) "الْفَتَاوَى الْهَنْدِيَّةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - الْبَابُ السَّادِسُ فِي الْوَكَالَةِ بِالنِّكَاحِ وَغَيْرِهَا ٢٩٥/١.

(٤) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ بَعْضِ مَسَائِلِ الْوَكِيلِ وَالْفَضُولِيِّ ١٤٦/٣.

(٥) "الْمَنْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ الْكِفَاءَةِ ١/٢٣ أ/بِاخْتِصَارٍ.

لم يصح تزويجها من نفسه كما في "الخائنية"، والأصل أن الوكيل معرفةً بالخطاب، فلا يدخل تحت النكرة.

(ولو أجاز) مَنْ له الإجازة^(١) (نكاح الفضولي بعد موته صح) لأن الشرط قيام المعقود له وأحد العاقدين لنفسه فقط (بخلاف إجازة بيعه) فإنه يشترط قيام..

الفتاوى: ((أنه يصح))، قال "البرزدوي"^(٢): ((لعل هذا القائل ذهب إلى أنها علمت من الوكيل أنه يريد تزويجها، فحيث يجرى)).

[١١٨٦٦] (قوله: لم يصح) أي: لم ينفذ، بل يتوقف على إجازتها؛ لأنه صار فضولياً من جانبها. [١١٨٦٧] (قوله: والأصل إلخ) بيانه أن قولها: وكلتكم أن تزوجني من رجل الكاف فيه للخطاب، فصار الوكيل معرفةً، وقد ذكرت رجلاً منكراً، والمعرف غيرهُ، وكذا قولها: ممن شئت، فإنه بمعنى: أي رجل شئت.

[١١٨٦٨] (قوله: وأحد العاقدين) هو العاقد لنفسه كما في "البحر"^(٣)، أي: سواء كان

(قول "الشارح": لم يصح تزويجها إلخ) وذلك بخلاف ما لو قال في الوصية: ضَعْتُ ثُلثَ مالي حيث شئت كان له أن يضعه عند نفسه كما في "اللولو الجنية" والفرق فيها.

(قوله: لم ينفذ بل يتوقف إلخ) الظاهر أنه يقع باطلاً لكونه من أحد الجانبين فضولياً، تأمل.

(قول "الشارح": وأحد العاقدين لنفسه إلخ) عبارة "البحر": ((وأحد العاقدين لنفسه))، وقال^(٤) في "حاشيته": ((في العبارة تسامح، والأولى: وأحد العاقدين وهو العاقد لنفسه فقط)) اهـ. ونسخ الخط من "الثر" ليس فيها زيادة قوله: ((لنفسه)) وحيث يظهر قول "المحشي": ((هو العاقد لنفسه)).

(قوله: هو العاقد لنفسه إلخ) الذي يظهر أن العقد لا يطل بموت الوكيل أو الولي، وعليه يكون المراد بالعاقد لنفسه ما يشمل العاقد لنفسه حقيقة وهو الأصيل، أو حكماً وهو الموكل والصغير ونحوهما؛ فإنهم

(١) في "د" زيادة: ((ولو مات أحد الزوجين قبل الإجازة لا يرث الآخر؛ لأن النكاح موقوف فيطل بالموت، كما في "الهداية")). ق ١٦٠/أ.

(٢) جلال الدين البرزدوي: كذا في "المنح".

(٣) وعبارته كما في نسختنا: ((وأحد العاقدين لنفسه)) كما ذكر الرافعي.

(٤) أي: ابن عابدين في "منحة للخالق" ١٤٩/٣ (هامش "البحر الرائق").

أربعة أشياء كما سيحيء.

(فروغ) الفضولي قبل الإجازة لا يملك نقض النكاح.....

أصيلاً أو ولياً أو وكيلًا، فإنه عاقد لنفسه، بمعنى أنه غير فضولي، تأمل. وانظر ما لو كان فضوليًا، بأن كان كل من العاقدَيْنِ فضوليَّين، والظاهر أنَّ الشرط قيامُ المعقودِ لهما^(١) فقط.

[١١٨٦٩] (قوله: أربعة أشياء) وهم العاقدان والمبيع وصاحبه، ويُزاد الثمن إن كان عرضاً كما في "البحر"^(٢)، فافهم.

[١١٨٧٠] (قوله: كما سيحيء)^(٣) أي: في البيوع.

[١١٨٧١] (قوله: لا يملك نقض النكاح) أي: لا قولاً ولا فعلاً، قال في "الحاشية"^(٤): ((العاقدون في الفسخ أربعة:

باعتبار قيام الغير عنهم صاروا كأنهم عاقدون لأنفسهم بأنفسهم، تأمل وراجع. ويدلُّ لذلك ما ذكره "السَّيِّدِي" بقوله: ((وإنما لم يشترط بقاء العاقدَيْنِ؛ لأنَّ العاقدَ في النكاح غير الأصيل سفير لا قيام للعقد به)) اهـ. ثم رأيتُ في "الولولاجية" في الفصل الأول من كتاب النكاح ما نصّه: ((رجل زوّج ابنته الصّغيرة من ابن كبيرٍ لرجلٍ بغير أمره خاطب عنه أبوه ثم مات أبو الصّغيرة قبل أن يُجيزَ الابنُ بطلَ النكاح؛ لأنَّ لأبي الصّغيرة أن يفسخَ هذا النكاح؛ لأنّه في هذا النكاح قائم مقام الصّغيرة، والصّغيرة لو كانت كبيرةً فزوّجت نفسها من ابن كبيرٍ لرجلٍ بغير إذنه خاطب عنه أبوه كان لها أن تفسخ^(٥) النكاح قبل أن يُجيزَ الابنُ فكذا الأب، فإذا مات كان موته بمنزلة رجوعه، وعمله لو كان مكان الصّغيرة كبيرةً فزوّجها بغير إذنها وباقي المسألة بحالها لا يبطل بموت الأب؛ لأنَّ الأب إن أراد أن يفسخ النكاح لا يملك لأنّه بمنزلة الفضولي)) اهـ. وبهذا تتضح المسألة، ومعلوم أنَّ الوكيل كالولي توقّف صحّة الإجازة على حياة كل منهما.

(١) ((لهما)) ساقط من "٣".

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء - فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٤٨/٣.

(٣) انظر "الدر" عند المقولة [٢٣٨١٣] قوله: ((قبول الإجازة)).

(٤) "الحاشية": كتاب النكاح - فصل في فسخ عقد الفضولي ٣٤٤/١ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) نقول: عبارة الرافي: ((كان له أن يفسخ النكاح)) وما أثبتناه من "الولولاجية"، انظر "الولولاجية": كتاب النكاح -

الفصل الأول في إذن المولى وإجازته النكاح ٤٦/١.

بمخلاف البيع. يُشترطُ لِلزَّوْمِ عقدُ الوكيلِ موافقتهُ في المهرِ المسمَّى. وحكمُ رسولِ كوكيلٍ.

عاقِدٌ لَا يَمْلِكُ الْفَسْخَ قَوْلًا وَفِعْلًا، وَهُوَ الْفُضُولِيُّ، حَتَّىٰ لَوْ زَوَّجَ رَجُلًا امْرَأَةً بِلاَ إِذْنِهِ، ثُمَّ قَالَ قَبْلَ إِجَازَتِهِ: فَسَخْتُ لَا يَنْفَسِخُ، وَكَذَا لَوْ زَوَّجَهُ أُخْتَهَا يَتَوَقَّفُ الثَّانِي، وَلَا يَكُونُ فَسْخًا لِلأَوَّلِ. وعاقِدٌ يَفْسُخُ بِالْقَوْلِ فَقَطْ، وَهُوَ الْوَكِيلُ بِنِكَاحِ مُعَيَّنَةٍ إِذَا خَاطَبَ عَنْهَا فَضُولِيًّا، فَهَذَا الْوَكِيلُ يَمْلِكُ الْفَسْخَ بِالْقَوْلِ، وَلَوْ زَوَّجَهُ أُخْتَهَا لَا يَنْفَسِخُ الْأَوَّلُ.

وعاقِدٌ يَفْسُخُ بِالْفِعْلِ فَقَطْ، وَهُوَ الْفُضُولِيُّ إِذَا زَوَّجَ رَجُلًا امْرَأَةً بِلاَ إِذْنِهِ، ثُمَّ وَكَّلَهُ الرَّجُلُ أَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ، فزَوَّجَهُ أُخْتِ الْأَوَّلِ يَنْفَسِخُ نِكَاحُ الْأَوَّلِ، وَلَوْ فَسَخَهُ بِالْقَوْلِ لَا يَصَحُّ. وعاقِدٌ يَفْسُخُ بِهِمَا، وَهُوَ الْوَكِيلُ بِتَزْوِيجِ امْرَأَةٍ بِغَيْرِ عَيْنِهَا^(١) إِذَا زَوَّجَهُ امْرَأَةً [وَأ] خَاطَبَ عَنْهَا فَضُولِيًّا، فَإِنْ فَسَخَهُ الْوَكِيلُ أَوْ زَوَّجَهُ [٨٠/٣] أُخْتَهَا انْفَسَخَ.

[١١٨٧٢] (قوله: بمخلاف البيع) والفرقُ أَنَّهُ بِالْبَيْعِ تَلَحُّقُ الْعَهْدَةِ، فَلَهُ الرَّجُوعُ كَيْلَا يَتَضَرَّرَ بِمَخْلَافِ النِّكَاحِ، فَإِنَّ الْحَقَّوْقَ تَرْجِعُ إِلَى الْمَعْقُودِ لَهُ، "عِمَادِيَّة".

٣٢٨/٢

[١١٨٧٣] (قوله: موافقته في المهر المسمَّى) قَدَّمْنَا^(٢) الْكَلَامَ عَلَيْهِ عِنْدَ قَوْلِهِ: ((بِمُعَيَّنَةٍ)).

[١١٨٧٤] (قوله: وحكمُ رسولِ كوكيلٍ) قَالَ فِي "الْفَتْحِ"^(٤): ((ذَكَرَ فِي الرَّسُولِ مِنْ مَسَائِلِ أَصْلٍ "الْمَبْسُوطِ"^(٥)) قَالَ: إِذَا أُرْسِلَ إِلَى الْمَرْأَةِ رَسُولًا، حُرًّا أَوْ عَبْدًا، صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا، فَقَالَ:

(قوله: وهو الوكيلُ بتزويجِ امرأةٍ بعينها إلخ) الظَّاهِرُ أَنَّ فِيهِ إِسْقَاطَ ((لَا)) النَّافِيَةَ، وَتُرَاجُعَ عِبَارَةِ "الْحَانِيَّةِ"، ثُمَّ رَأَيْتُ عِبَارَةَ "الْحَانِيَّةِ"، وَنَصَّهَا: ((وعاقِدٌ يَمْلِكُ الْفَسْخَ بِالْقَوْلِ وَالْفِعْلِ جَمِيعًا، وَصُورَتُهُ: رَجُلٌ وَكُلُّ رَجُلٍ لِيُزَوِّجَهُ امْرَأَةً بِغَيْرِ عَيْنِهَا فزَوَّجَهُ امْرَأَةً وَخَاطَبَ عَنْهَا فَضُولِيًّا، فَإِنْ فَسَخَ هَذَا الْوَكِيلُ الْعَقْدَ صَحَّ فَسْخُهُ، وَلَوْ زَوَّجَهُ أُخْتُ تِلْكَ الْمَرْأَةِ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ الْأَوَّلُ)) انتهى.

(١) فِي النسخِ جَمِيعَهَا ((بِعَيْنِهَا))، وَمَا أَثْبَتَنَاهُ هُوَ الصُّوَابُ الْمُوَافِقُ لـ "الْحَانِيَّةِ". وَانظُرْ تَقْرِيرَاتِ الرَّافِعِيِّ.

(٢) الَّذِي فِي النسخِ جَمِيعَهَا: ((امْرَأَةً خَاطَبَ))، دُونَ ((وَأَوْ))، وَمَا أَثْبَتَنَاهُ مِنْ "الْحَانِيَّةِ".

(٣) الْمَقُولَةُ [١١٨٢٩] قَوْلُهُ: ((كَمَا لَوْ أَمَرَهُ بِمُعَيَّنَةٍ)).

(٤) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي الْوَكَالَةِ بِالنِّكَاحِ وَغَيْرِهَا ١٩٦/٣-١٩٧.

(٥) "الْمَبْسُوطُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْوَكَالَةِ فِي النِّكَاحِ ٢٠/٥ بِتَصْرِفٍ.

.....

إِنَّ فَلَانًا يَسْأَلُكَ أَنْ تُرَوِّجِيهِ نَفْسَكَ، فَأَشْهَدْتُ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ، وَسَمِعَ الشُّهُودُ كَلَامَهُمَا - أَي: كَلَامَهُمَا وَكَلَامَ الرَّسُولِ - فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ إِذَا أَقَرَّ الزَّوْجُ بِالرَّسَالَةِ أَوْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَحَدُهُمَا فَلَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ الرِّسَالَةَ لَمَّا لَمْ تَتَّبِعْ كَانَ الْآخَرُ فَضُولِيًّا، وَلَمْ يَرْضَ الزَّوْجُ بِصُنْعِهِ، وَلَا يَخْفَى أَنْ مِثْلَ هَذَا بَعِيْثُهُ فِي الْوَكِيلِ. ثُمَّ ذَكَرَ فُرُوعًا كُلَّهَا تَجْرِي فِي الْوَكِيلِ)) اهـ. وَقَدْ مَنَّا^(١) أَوَّلَ النِّكَاحِ أَحْكَامَ التَّزْوُجِ بِإِرْسَالِ الْكِتَابِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

(١) المقولة [١١١٦٢] قوله: ((فتح)).

﴿باب المهر﴾

. ومن أسمائه الصَّدَاقُ^(١)، والصَّدَقَةُ، والنَّحْلَةُ، والعَطِيَّةُ، والعُقْرُ،.....

﴿باب المهر﴾

لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ رُكْنِ النِّكَاحِ وَشَرْطِهِ شَرَعَ فِي بَيَانِ حَكْمِهِ وَهُوَ الْمَهْرُ، فَإِنَّ مَهْرَ الْمَثَلِ يَجِبُ بِالْعَقْدِ، فَكَانَ حَكْمًا، كَذَا فِي "الْعِنَايَةِ"^(٢). وَاعْتَرَضَهُ فِي "السَّعْدِيَّةِ"^(٣): ((بَأَنَّ الْمَسْمَى مِنْ أَحْكَامِهِ أَيْضًا))، وَأَجَابَ فِي "النَّهْرِ"^(٤): ((بَأَنَّهُ إِنَّمَا خُصَّ مَهْرُ الْمَثَلِ لِأَنَّ حَكْمَ الشَّيْءِ هُوَ أَثَرُهُ الثَّابِتُ بِهِ، وَالْوَاجِبُ بِالْعَقْدِ إِنَّمَا هُوَ مَهْرُ الْمَثَلِ، وَلِذَا قَالُوا: إِنَّهُ الْمَوْجِبُ الْأَصْلِيُّ فِي بَابِ النِّكَاحِ، وَأَمَّا الْمَسْمَى فَاِنَّمَا قَامَ مَقَامُهُ لِلتَّرَاضِي بِهِ)).

ثُمَّ عَرَّفَ الْمَهْرَ فِي "الْعِنَايَةِ"^(٥): ((بَأَنَّهُ اسْمٌ لِلْمَالِ الَّذِي يَجِبُ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ عَلَى الزَّوْجِ فِي مُقَابِلَةِ الْبُضْعِ إِنَّمَا بِالتَّسْمِيَةِ أَوْ بِالْعَقْدِ))، وَاعْتَرَضَ بِعَدَمِ شُمُولِهِ لِلْوَاجِبِ بِالْوَطْءِ بِشُبْهَةٍ، وَمِنْ ثَمَّ عَرَفَهُ بَعْضُهُمْ: بِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا تَسْتَحِقُّهُ الْمَرْأَةُ بِعَقْدِ النِّكَاحِ أَوْ الْوَطْءِ، وَأَجَابَ فِي "النَّهْرِ"^(٦): ((بَأَنَّ الْمَعْرُوفَ مَهْرٌ هُوَ حَكْمُ النِّكَاحِ بِالْعَقْدِ))، تَأَمَّلْ.

١١٨٧٥] (قوله: ومن أسمائه الصَّدَاقُ إلخ) أفاد أن له أسماء غيرَها كالْأَجْرِ وَالْعَلَايِقِ وَالْجِبَاءِ، قَالَ فِي

"النَّهْرِ"^(٧): ((وَقَدْ جَمَعَهَا بَعْضُهُمْ فِي قَوْلِهِ: [طويل]

(١) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((قَوْلُهُ: وَمِنْ أَسْمَائِهِ الصَّدَاقُ إلخ، وَفِي الصَّدَاقِ سَبْعُ لُغَاتٍ: أَفْصَحُهَا عِنْدَ ثَعْلَبٍ فَتَحَ الصَّدَّ، وَعِنْدَ الْأَخْفَشِ كَسَرُهَا أَنْتَهَى. وَبَيَانُ السَّبْعِ: صَدَاقٌ، صَدَّقَهُ، صَدَّقَهُ، صَدَّقَهُ، صَدَّقَهُ، صَدَّقَهُ. اهـ)). ق ١٦٠/ب.

(٢) "الْعِنَايَةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٢٠٤/٣ (هَامِش "فَتْحُ الْقَدِيرِ").

(٣) "حَاشِيَةُ سَعْدِي جَلِي": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٢٠٤/٣ بِتَصْرِفٍ (هَامِش "فَتْحُ الْقَدِيرِ").

(٤) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٧٧/١ بِتَصْرِفٍ وَفِيهِ: ((إِنَّمَا هُوَ مَهْرُ الْمَثَلِ كَمَا صَرَحَ بِهِ فِي "الْعِنَايَةِ" بَعْدُ)).

(٥) "الْعِنَايَةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٢٠٤/٣ بِتَصْرِفٍ (هَامِش "فَتْحُ الْقَدِيرِ").

(٦) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٧٧/١ بِتَصْرِفٍ.

(٧) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٧٧/١ بِتَصْرِفٍ.

وفي استيلاذ "الجوهرة": ((العُقْرُ في الحرائر مهرُ المثل، وفي الإمام عُشْرُ قِيمَةِ الْبِكْرِ ونصفُ عُشْرِ قِيمَةِ الثَّيِّبِ)).....

صَدَاقٌ وَمَهْرٌ نَحْلَةٌ وَفَرِيضَةٌ^(١) حِيَاءٌ وَأَجْرٌ ثُمَّ عُقْرٌ عَلَائِقُ

لَكِنَّهُ لَمْ يَذْكُرِ الْعَطِيَّةَ وَالصَّدَقَةَ)).

[١١٨٧٦] (قوله: وفي استيلاذ "الجوهرة"^(٢)) أي: في باب الاستيلاذ من "الجوهرة" نقلاً عن الإمام "السرخسي".

[١١٨٧٧] (قوله: في الحرائر مهرُ المثل) سياطي^(٣) تفسيره وتفصيله.

[١١٨٧٨] (قوله: وفي الإمام إلخ) أي: عُشْرُ قِيمَةِ الْأُمَةِ إِنْ كَانَتْ بَكْرًا، [٨٠ق/٣] ونصفُ عُشْرِ قِيمَتِهَا إِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا.

وَالظَّاهِرُ: أَنَّهُ يُشْتَرَطُ عَدَمُ نَقْصَانِ الْعُشْرِ أَوْ نَصْفِهِ عَنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ، فَإِنْ نَقَصَ وَجَبَ تَكْمِيلُهُ إِلَى الْعَشْرَةِ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ لَا يَنْقُصُ عَنْ عَشْرَةٍ سِوَاءَ كَانَ مَهْرُ الْمَثَلِ أَوْ مَسْمًى، "ح"^(٤).

قُلْتُ^(٥): وَقَالَ فِي "الْفَيْضِ" بَعْدَ نَقْلِهِ مَا ذَكَرَهُ "الشَّارِحُ" عَنْ بَعْضِ الْمُحَقِّقِينَ: ((وَقِيلَ فِي الْجَوَارِي: يُنْظَرُ إِلَى مِثْلِ تِلْكَ الْجَارِيَةِ حَمَلًا وَمَوْلًى بِكُمْ تَتَزَوَّجُ؟ فَيُعْتَبَرُ بِذَلِكَ، وَهُوَ الْمَخْتَارُ)) اهـ.

وَالظَّاهِرُ: أَنَّ هَذَا هُوَ الْمُرَادُ مِنْ قَوْلِهِ الْآتِي^(٦) عِنْدَ ذِكْرِ مَهْرِ الْمَثَلِ: ((إِنَّ مَهْرَ الْأُمَةِ يَقْدَرُ الرَّغْبَةُ فِيهَا))، وَفِي بَابِ نِكَاحِ الرَّقِيقِ مِنْ "الْفَتْحِ"^(٧): ((الْعُقْرُ هُوَ مَهْرُ مِثْلِهَا فِي الْجَمَالِ، أَيْ: مَا يُرْغَبُ

(١) فِي "٣": ((وَفَرَايِضُ)).

(٢) "الجوهرة النيرة": ١٩٢/٢.

(٣) الْمُقُولَةُ [١٢١٥٠] قَوْلُهُ: ((مَهْرٌ مِثْلُهَا)).

(٤) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٦٢/ب.

(٥) مِنْ ((وَالظَّاهِرِ)) إِلَى ((قُلْتُ)) سَاقِطٌ مِنْ "٣".

(٦) "در" ص ٤٦٣-.

(٧) "الفتح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ٢٧٩/٣.

(أَقْلَهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ) لحديث "البیهقي" وغيره: ((لا مَهْرَ أَقْلُ من عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ))، ورواية الأَقْلُ تُحْمَلُ على المَعْجَلِ.....

به في مثلها جَمَلاً فقط، وأَمَّا ما قيل: ما يُسْتَأْجَرُ به مثلها للزَّنا لو جاز فليس معناه، بل العادة أَنَّ ما يُعْطَى لذلك أَقْلُ مما يُعْطَى مَهراً؛ لِأَنَّ الثَّانِيَّ لِلْبَقَاءِ بِخِلَافِ الأوَّلِ)) اهـ.

[١١٨٧٩] (قوله: لحديث "البیهقي" وغيره) رواه "البیهقي" بسندٍ ضعیف^(١)، ورواه "ابن أبي حاتم"، وقال الحافظ "ابن حجر": ((إنه بهذا الإسناد حسن)) كما في "فتح القدير"^(٢) في باب الكفاءة.

[١١٨٨٠] (قوله: ورواية الأَقْلُ إلخ) أي: ما يدلُّ بحسب الظَّاهر من الأحاديث المروية على جواز التَّقْدِيرِ بأَقْلٍ من عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ^(٣) - وكلُّها مُضَعَّفَةٌ إِلَّا حديث: «تَمَسُّ وَلَوْ خَاتَمًا من حديد»^(٤) - يجب حملها على أَنه المَعْجَلُ، وذلك لِأَنَّ العادة عندهم تعجيلُ بعضِ المهر قبل الدُّخُولِ،

(١) أخرجه البیهقي ١٣٣/٧، ٢٤٠، والدارقطني ٢٤٥/٣، وابن عدي ٤١٧/٦، وأبو يعلى (٢٠٩٠)، والعقيلي ٢٣٥/٤، والطبراني في "الأوسط" (٣) وابن الجوزي في "الموضوعات" ٢٦٣/٢ من طريق مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أُرطاة عن عطاء وعمر بن دينار عن جابر مرفوعاً، وعن مبشر عن أبي الزبير عن جابر، وأخرجه ابن خزيمة وقال: أنا أبرأ من عهدته مبشر كما في "اللائح" ١٦٤/٢، قال ابن عدي: وهذا إسناد باطل لا يرويه إلا مبشر؛ قال الدارقطني: متروك، وهذا منكر لم يتابع عليه وكذبه أحمد، وأخرجه الدارقطني ٢٠٠/٣ عن جوير - متروك - عن الضحاک عن النزال بن سبرة عن علي قوله، وتابعه محمد بن مروان لا يعرف، وأخرجه عبد الرزاق (١٠٤١٦)، و"الدارقطني" ٢٤٥/٣، والبیهقي ٢٤٠/٧ من طرق عن داود بن يزيد الأودي عن الشعبي قال: قال علي فذكره، قال الشافعي في "الأم": لا يثبت مثله ١٦٠/٥، قال أحمد: لقن غياث بن إبراهيم - كذاب - داود الأودي هذا فصار حديثاً وقد أنكره عليه حفاظ الحديث، قال سفيان ما زال يُنكر عليه كما أنكره شعبة أيضاً، وانظر "التمهيد" ١١٦/٢١، و"ظفر الأمانتي" للكسوي ص ١٧٤، وسيأتي نقل ابن الميمام في "فتح القدير" تحسین ابن حجر له من طريق أخرى. انظر "النكت الطريفة" للكوثر ص ٧٤-٧٦.

(٢) "الفتح": كتاب النکاح ١٨٦/٣.

(٣) ((دراهم)) ليست في "الأصل" و"ب" و"م".

(٤) أخرجه مالك ٤١٦/١ كتاب النکاح - باب ما جاء في الصَّدَاقِ والحِیاء، والبخاري (٥١٤١) كتاب النکاح - باب إذا قال الخاطب للولي زوجتي فلانة، و(٥١٤٩) باب التزويج على القرآن وبغیر صَدَاقٍ، و(٥١٥٠) باب المهر بالعروض وخاتم من حديد، وأبو داود (٢١١١) كتاب النکاح - باب في التزويج على العمل يعمل، والترمذي (١١١٤) كتاب النکاح - باب ما جاء في مهر النساء، وقال: هذا حديث حسن، والنسائي ١٢٣/٦ كتاب النکاح - باب =

حَتَّى ذَهَبَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ إِلَى أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ بِهَا حَتَّى يُقَدِّمَ شَيْئاً لَهَا تَسْكُكاً بِمَنْعِهِ ﷺ "عَلِيّاً" أَنْ يَدْخُلَ بِـ "فَاطِمَةَ" رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا حَتَّى يُعْطِيَهَا شَيْئاً، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، لَيْسَ لِي شَيْءٌ، فَقَالَ: «أَعْطِيهَا دِرْعَكَ»، فَأَعْطَاهَا دِرْعَهُ^(١). رواه "أَبُو دَاوُدَ" و"النَّسَائِيُّ"، وَمَعْلُومٌ أَنَّ الصَّدَاقَ كَانَ أَرْبَعَمِائَةٍ دِرْهَمٍ وَهِيَ فَضَّةٌ، لَكِنَّ الْمُخْتَارَ الْجَوَازُ قَبْلَهُ، لِمَا رَوَتْ "عَائِشَةُ" رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا قَالَتْ: «أَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ أُدْخِلَ امْرَأَةً عَلَى زَوْجِهَا قَبْلَ أَنْ يُعْطِيَهَا شَيْئاً» رواه "أَبُو دَاوُدَ"^(٢)، فَيُحْمَلُ الْمَنْعُ الْمَذْكُورُ عَلَى النَّدْبِ، أَيْ: نَدْبِ تَقْدِيمِ شَيْءٍ إِدْخَالاً لِلْمَسْرُوعَةِ عَلَيْهَا تَأْلُفًا لِقَلْبِهَا،

- هبة المرأة نفسها لرجل بغير صداق. وأما رواية: ((زوجهكها بما معك من القرآن)) فقد أخرجه البخاري (٥١٣٢) كتاب النكاح - باب إذا كان الولي هو الخاطب، و(٥١٣٥) باب السلطان وليّ لقول النبي ﷺ زوجهكها بما معك من القرآن، ومسلم (١٤٢٥) (٧٧) كتاب النكاح - باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد، وأبو داود (٢١١١) كتاب النكاح - باب في التزويج على العمل يعمل، والترمذي (١١١٤) كتاب النكاح - باب ما جاء في مهر النساء، والنسائي ١٢٣/٦ كتاب النكاح - باب هبة المرأة نفسها لرجل بغير صداق، وابن ماجه (١٨٨٩) كتاب النكاح - باب صداق النساء، والدارمي ٥٨٠/٢ كتاب النكاح - باب ما يجوز أن يكون مهرأ.

وأما رواية: ((أنكحتكها بما معك من القرآن)) فقد أخرجه أحمد ٣٣٠/٥، والبخاري (٥١٤٩) كتاب النكاح باب التزويج على القرآن وبغير صداق.

وأما رواية: ((فقد ملكتكها بما معك من القرآن)) فقد أخرجه البخاري (٥١٤١) باب إذا قال الخاطب للولي: زوجني، ومسلم (١٤٢٥) كتاب النكاح - باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد، والنسائي ١١٣/٦ كتاب النكاح - باب التزويج على سور من القرآن، كلهم من حديث سهل بن سعد الساعدي رضى الله عنه مرفوعاً.

(١) أخرجه أبو داود (٢١٢٦) كتاب النكاح - باب في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئاً، والنسائي ١٢٩/٦ - ١٣٠ كتاب النكاح - باب تمهله الخلو، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٢٥٢/٧ كتاب الصداق - باب لا يدخل فيها حتى يعطيها صداقها أو ما رضى به، والطبراني في "المعجم الكبير" ١٠٦/١ (١٧٥)، وعند النسائي والبيهقي والطبراني: ((درعك الحطمية)).

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٢٨) كتاب النكاح - باب في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئاً، من طريق خيشمة عن عائشة، قال أبو داود: وخيشمة لم يسمع من عائشة، وابن ماجه (١٩٩٢) كتاب النكاح - باب الرجل يدخل بأهله قبل أن يعطيها شيئاً، وأبو يعلى (٤٦٢٢) وقال محققه: إسناده ضعيف، والطبراني في "الأوسط" (١٨٦٥).

(فضة وزن سبعة) مثاقيل كما في الزكاة (مضروبة كانت أو لا) ولو ذنباً.....

وإذا كان ذلك معهوداً وجب حمل ما خالف ما روينا عليه جمعاً بين الأحاديث، وهذا وإن قيل: إنه خلاف الظاهر في حديث: «التمس ولو خاتماً من حديد» لكن يجب [٣/٨١] المصير إليه؛ لأنه قال فيه بعده: «وَوَجَّحْتُهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»، فإن حمل على تعليمه إياها ما معه أو نفي المهر بالكلية عارض كتاب الله تعالى، وهو قوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء- ٢٤]، فقيد الإحلال بالابتغاء بالمال، فوجب كون الخبر غير مخالف له، وإلا لم يقبل؛ لأنه خبر واحد، وهو لا ينسخ القطعي في الدلالة، وتأم ذلك مبسوط في "الفتح" (١).

[١١٨٨١] (قوله: فضة) تميز منصوب أو مجرور، فـ ((درهم)) تميز لـ ((عشرة))، و((فضة))

٣٢٩/٢ تميز لـ ((درهم)) على أن المراد بها آلة الوزن.

[١١٨٨٢] (قوله: وزن) بالرفع صفة ((عشرة))، وبالنصب حال على تقدير: ذات وزن،

"ط" (٢).

[١١٨٨٣] (قوله: سبعة مثاقيل) هو أن يكون كل درهم أربعة عشر قيراطاً، "شربلاية" (٣).

[١١٨٨٤] (قوله: مضروبة كانت أو لا) فلو سمي عشرة تبرا أو عرضاً قيمته عشرة تبرا (٤)

لا مضروبة صح، وإنما تشتط المصكوكة في نصاب السرقة للقطع تقيلاً لوجود الحد، "بحر" (٥).

[١١٨٨٥] (قوله: ولو ذنباً أي: في ذمتها أو في ذمة غيرها، أما الأول فظاهراً، وأما الثاني

فكما لو تزوجها على عشرة له على زيد، فإنه يصح، وتأخذها من أيهما شاءت، فإن اتبعت

المديون أجبر الزوج على أن يؤكلها بالقبض منه كما في "النهر" (٦)، أي: لئلا يلزم تمليك الدين

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٥/٣.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٤٨/٢.

(٣) "الشربلاية": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤١/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٤) ((أو عرضاً قيمته عشرة تبرا)) ساقط من "٣".

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٢/٣.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٧/أ - ب.

أو عَرْضاً قِيمَتُهُ عَشْرَةٌ وَقْتَ الْعَقْدِ، أَمَّا فِي ضَمَانِهَا بِطَلَاقٍ قَبْلَ الْوَطْءِ فَيَوْمَ الْقَبْضِ..

من غير مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ. اهـ "ح" (١)، لَكِنْ إِذَا أُضِيفَ النِّكَاحُ إِلَى دِرَاهِمٍ فِي ذِمَّتِهَا تَعَلَّقَ بِالْعَيْنِ لَا بِالْمَثَلِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِي ذِمَّةٍ غَيْرِهَا، فَإِنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِالْمَثَلِ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ تَمْلِكُ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ، وَيَبَيَّنُ ذَلِكَ فِي "الذَّخِيرَةِ".

[١١٨٨٦] (قَوْلُهُ: أَوْ عَرْضاً) وَكَذَا لَوْ مَنَعَتْهُ كَسْكُنَى دَارِهِ، وَرُكُوبُ دَائِيَّتِهِ، وَزَرَاعَةِ أَرْضِهِ حَيْثُ عُلِمَتِ الْمُدَّةُ كَمَا فِي "الْهِنْدِيَّةِ" (٢).

قُلْتُ: وَلَا بَدَأَ مِنْ كَوْنِهَا مِمَّا يُسْتَحَقُّ الْمَالُ بِمَقَابِلَتِهَا لِيَخْرُجَ مَا يَأْتِي (٣) مِنْ عَدَمِ صَحَّةِ التَّسْمِيَةِ فِي خِدْمَةِ الزَّوْجِ الْحَرِّ لَهَا وَتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ.

[١١٨٨٧] (قَوْلُهُ: قِيمَتُهُ عَشْرَةٌ وَقْتَ الْعَقْدِ) أَيُّ: وَإِنْ صَارَتْ يَوْمَ التَّسْلِيمِ ثَمَانِيَةً فَلَيْسَ لَهَا إِلَّا هُوَ، وَلَوْ كَانَ عَلَى عَكْسِهِ لَهَا الْعَرْضُ الْمُسَمَّى وَدِرْهَمَانِ، وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الثَّوْبِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ؛ لِأَنَّ مَا جُعِلَ مَهْرًا لَمْ يَتَغَيَّرْ فِي نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا التَّغْيِيرُ فِي رَغْبَاتِ النَّاسِ، "بَحْر" (٤) عَنْ "الْبِدَائِعِ" (٥).

[١١٨٨٨] (قَوْلُهُ: أَمَّا فِي ضَمَانِهَا إلخ) يَعْنِي: أَمَّا الْحُكْمُ فِي ضَمَانِهَا إلخ، وَذَلِكَ كَمَا لَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى ثَوْبٍ وَقِيمَتُهُ عَشْرَةٌ، فَقَبَضَتْهُ وَقِيمَتُهُ عَشْرُونَ، وَطَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَالثَّوْبُ مُسْتَهْلَكٌ رَدَّتْ عَشْرَةٌ (٦)؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا دَخَلَ فِي ضَمَانِهَا بِالْقَبْضِ، فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْقَبْضِ، [٣/٨١/ب] "بَحْر" (٧) عَنْ "الْمَحِيطِ". وَالْهَلَاكُ كَالِاسْتِهْلَاكِ؛ لِأَنَّهَا إِذَا (٨) لَمْ تَوْأَخَذْ بِمَا زَادَ فِي قِيمَتِهِ بَعْدَ الْقَبْضِ فِي الْاسْتِهْلَاكِ فَفِي الْهَلَاكِ بِالْأَوَّلَى. وَأَفَادَ أَنَّهُ لَوْ قَائِمًا تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الطَّلَاقِ

(١) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٦٢/ب.

(٢) "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - الْبَابُ السَّابِعُ فِي الْمَهْرِ - الْفَصْلُ الْأَوَّلُ فِي بَيَانِ أَدْنَى مِقْدَارِ الْمَهْرِ ٣٠٣/١.

(٣) "دُر" ٣٦٢-٣٦٦.

(٤) "الْبَحْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٥٢/٣.

(٥) "الْبِدَائِعُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلٌ: وَأَمَّا بَيَانُ أَدْنَى الْمِقْدَارِ ٢٧٦/٢-٢٧٧ بِتَصْرِفٍ.

(٦) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((شَرْحُ النَّبَالِيَّةِ عَنْ "الْبَحْرِ")). ق ١٦٠/ب.

(٧) "الْبَحْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٥٢/٣-١٥٣.

(٨) ((إِذَا)) سَاقِطَةٌ مِنْ "ق".

(وتحبُّ) العشرة (إن سَمَّاها أو دونَها،.....)

لا يوم القبض، وأنه ليس له أخذه منها ليعطيها نصف قيمته، بل إن كان مما لا يتعيب بالقسمة كمكيل وموزون أخذ نصفه، وإلا بقي مشتركا بعد القضاء أو الرضاء؛ لما سيأتي^(١) من أنه لو كان مسلماً لها لم يطل ملكها، ويتوقف عودته إلى ملكه على القضاء أو الرضاء، حتى ينفذ تصرفها فيه قبل ذلك لا تصرفه، كذا أفاده السيّد "محمد أبو السعود"^(٢)، وأفاد^(٣) أيضاً: ((أنها لو أرادت أن تعطيه نصف قيمته فالتظاهر أنه يجبر على القبول)).

قلت: وفيه نظر؛ لأنه قبل القضاء أو الرضاء لا وجه لإجباره؛ لأن له ترك المطالبة بالكلية، وكذا بعده إذا صار مشتركا لا وجه لإجباره على قبول قيمة حصته، فافهم.

[١١٨٨٩] (قوله: وتحبُّ العشرة إن سَمَّاها إلخ) هذا إن لم تكسُد الدرهم المسماة، فلو كسدت وصار النقْد غيرها فعليه قيمتها يوم كسدت على المختار بخلاف البيع، حيث يطل بكسَاد الثمن، "فتح"^(٤).

﴿باب المهر﴾

(قوله: إن لم تكسُد الدرهم المسماة إلخ) هذا في الدرهم الغالبة الغش، أمّا الجيدة فلا يتحقّق الكساد فيها كما يأتي في الثبوع، فإن الذهب والفضة لا يتغيّران، ونصّ على ذلك في "الولولجية"، وعبارتها: ((رجل تزوّج امرأة على ألف درهم من الدرهم التي هي نقد البلد فكسدت وصار النقْد غيرها كان على الزّوج قيمة تلك الدرهم يوم كسدت هو المختار، ولو كان مكان النّكاح بيع فسد البيع؛ لأنّ الكساد بمنزلة الهلاك وهلاك البذل يوجب فساد البيع، وهلاك البذل في باب النّكاح لا يوجب فساد النّكاح فيوجب قيمتها، قال مشايخنا: عقد النّكاح يبحارى يجب أن يكون بالغطريفي لا بالعدي لأنّ العدي يتغيّر والغطريفي لا يتغيّر، وهذا كان في زمانهم، أمّا في زماننا يجب أن يكون العقد بالذهب والفضة لا بالغطريفي؛ لأنه يتغيّر)) اهـ.

(١) "در" ٣٥٨-٣.

(٢) "حاشية أبي السعود": كتاب النكاح - باب المهر ٤٨/٢.

(٣) "حاشية أبي السعود": كتاب النكاح - باب المهر ٤٧/٢.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٩/٣ بتصرف.

(و) يجبُ (الأكثرُ منها إن سَمِيَ) الأكثرُ، ويتأكدُ (عند وطءٍ أو خلوةٍ^(١) صَحَّتْ) من الزَّوجِ (أو موتِ أحدهما).....

[١١٨٩٠] (قوله: ويجبُ الأكثرُ) أي: بالغاً ما بلغَ، فالتقديرُ بالعشرة لمنع النقصان.

[١١٨٩١] (قوله: ويتأكدُ) أي: الواجبُ من العشرةِ أو الأكثرِ، وأفادَ أنَّ المهرَ وجبَ بنفسِ العقدِ، لكن مع احتمالِ سقوطِهِ بِرَدِّهَا أو تقبيلِها ابنَهُ أو تنصُّفِهِ بطلاقِها قبل الدُّخولِ، وإنما يتأكدُ لزومُ تمامِهِ بالوطءِ ونحوِهِ. وبه ظهرَ^(٢) أنَّ ما في "الدرر"^(٣): ((من أنَّ قوله: عند وطءٍ متعلقٌ بالوجوبِ)) غيرُ مُسلمٍ كما أفادهُ في "الشَّرْئِيَّةُ"^(٤)، قال في "البدايع"^(٥): ((وإذا تأكدَ المهرُ بما ذُكِرَ لا يَسْقُطُ بعد ذلك وإن كَانَتِ الفرقَةُ من قبَلِها؛ لأنَّ البدلَ بعد تأكِده لا يَحْتَمِلُ السَّقُوطُ إلاَّ بالإبراء كالتَّمَنُّ إذا تَأَكَّدَ بقبضِ المبيعِ)) اهـ.

[١١٨٩٢] (قوله: صَحَّتْ) احترازٌ عن الخلوةِ الفاسدةِ كما سيأتي^(٦) بيانها.

[١١٨٩٣] (قوله: من الزَّوجِ) متعلقٌ بقوله: ((وطءٍ أو خلوةٍ)) على التَّنَازُعِ لا بقوله: ((صَحَّتْ)) حتَّى يَرِدَ أنَّ شروطَ الصَّحَّةِ ليست من جانبِهِ فقط، فافهم.

(١) في "د" زيادة: (قوله: عند وطءٍ أو خلوةٍ، وهي الخالية عن المانع الشرعي والحسني والطبيعي، فالمانع الحسني كالمرض في أيَّهما كان، لكن الأصحُّ أنَّ مرضها لا يمنع إلا إذا لحقها ضررٌ به، والمانع الطبيعي كالحيض والنفاس، لكنه إنما يكون كذلك عند درور الدَّمِ لا عند عدمه، مع أنه شرعي، فلو اكتفى بالشرعي لكان أولى فيهما أيضاً، فالظاهر أنه لا يوجد طبيعي إلا وهو شرعي، فلو اكتفوا بالشرعي لكان أولى، كذا في "البحر".
فيكون الشرعي أعمُّ من الطبيعي بدليل أنَّ الطهر المتخلل بين الدَّمين مانعٌ شرعيٌّ، وليس بطبيعيٌّ، وحينئذٍ لا فائدة لذكر الخاص وهو الطبيعي. اهـ)). ق ١٦٠/ب.

(٢) (ظهر) ساقطة من "الأصل".

(٣) "الدرر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٢/١.

(٤) "الشَّرْئِيَّةُ": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٢/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٥) "البدايع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يتأكد به المهر ٢٩٥/٢ يتصرف.

(٦) المقولة [١٢٠٤٥] قوله: ((فخلا بها)).

أو تزوج ثانياً في العدة^(١)، أو إزالة بكارتها بنحو حَجَرٍ، بخلاف إزالتها بدفعة، فإنه يجب النصف بطلاق قبل وطء، ولو الدفع من أجنبي.....

[١١٨٩٤] (قوله: أو تزوج ثانياً) هذا مؤكد رابع زاده في "البحر"^(٢) بحثاً بقوله: ((وينبغي أن يُزاد رابع، وهو وجوب العدة عليها منه فيما لو طلقها بائناً بعد الدخول، ثم تزوجها في العدة وجب كمال [١/٨٢٣/٣] المهر الثاني بدون الخلوة والدخول؛ لأن وجوب العدة عليها فوق الخلوة)) اهـ، وأقره في "النهر"^(٣).

وفيه بحث، فإنه يمكن إدخاله فيما قبله وهو الوطء؛ لما سيأتي^(٤) في باب العدة: من أنه في هذه الصورة يجب عليه مهر تام وعليها عدة مبتدأة؛ لأنها مقبوضة في يده بالوطء الأول لبقاء أثره وهو العدة، وهذه إحدى المسائل العشر المبنية على أن الدخول في النكاح الأول دخول في الثاني.

[١١٨٩٥] (قوله: أو إزالة بكارتها إلخ) هذا مؤكد خامس زاده في "البحر"^(٥) أيضاً حيث قال: ((وينبغي أن يُزاد خامس، وهو ما لو أزال بكارتها بحجر ونحوه، فإن لها كمال المهر كما صرحوا به بخلاف ما إذا أزالها بدفعة، فإنه يجب النصف لو طلقها قبل الدخول، ولو دفعها أجنبي فزالت بكارتها وطلقت قبل الدخول وجب نصف المسمى على الزوج، وعلى الأجنبي نصف صداق مثلها)) اهـ، وأقره في "النهر"^(٦) أيضاً.

(١) في "د" زيادة: ((قوله: أو تزوج ثانياً في العدة، صرته: أبان زوجته بما دون الثلاث، ثم تزوجها في العدة، فطلقها قبل الدخول، فعليه مهر كامل، وعليها عدة كاملة مستقلة، وهذا عند الأول والثاني. قال في "الكنز": ولو نكح معتدته وطلقها قبل الوطء وجب مهر تام وعدة مبتدأة. حوي)). ق ١٦٠/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٣/٣ بتصرف.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٧/ب.

(٤) انظر "الدر" عند المقولة [١٥٣٩٦] قوله: ((ولو حكماً)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٣/٣ - ١٥٤.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٧/ب.

٣٣٠/٢

وفيه بحث أيضاً، فإنَّ الذي يظهر لي دخول هذا فيما قبله وهو الخلوة؛ لأنَّ العادة أنَّ إزالة البكارة بحجرٍ ونحوه كما يصحُّ إنما تكون في الخلوة، فلذا وجبَ كلُّ المهر بخلاف إزالتها بدفعةٍ، فإنَّ المراد حصولها في غير خلوة، ثمَّ رأيتُ ما يُفيد ذلك في جنايات "الفتاوى الهندية" ^(١) عن "المحيط" ^(٢) حيث قال: ((ولو دفعَ امرأته ولم يدخل بها، فذهبتْ عُذْرُهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا فعليه نصفُ المهر، ولو دفعَ امرأةً الغيرَ وذهبتْ عُذْرُهَا ثُمَّ تزَوَّجَهَا ودخلَ وجبَ لها مهران)) اهـ، أي: مهرٌ بالدخول بحكم النكاح ومهرٌ بإزالة العُدرة بالدفع كما في جنايات "الحاشية" ^(٣)، فقوله: ((ولو دفعَ امرأته

قوله: وفيه بحثٌ إلخ) فيه أنَّ المتبادرَ من قولهم: ((ويتأكد عند وطءٍ)) الوطءُ الحاصل بعد العقد لا الوطءُ السابق عليه، فلذا احتيج للزيادة التي زادها في "البحر".

قوله: فإنَّ الذي يظهر لي دخول هذا إلخ) والذي رأيته في "شرح" "عَيُّون المسائل" لـ "أبي الليث السمرقندي" لـ "زين الدين عبد الحميد البخاري" من النكاح: ((ولو أنَّ رجلاً تزَوَّجَ صغيرةً فدفعها دفعةً فاذهبتْ عُذْرُهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا قبل أن يدخل بها فلها نصفُ الصَّدَاق، ولا يجبُ بذهاب العُدرة شيءٌ وهو قولُ "أبي يوسف" في رواية "الحسن بن زيادة"، وفي قولٍ "حماد" و"زُفَر" - وهو قولُ "أبي يوسف" الذي رَوَى عنه حمادٌ - لها المهرُ كاملاً، وجهُ قولِ "أبي حنيفة" وإحدى الروايتين عن "أبي يوسف": أنَّ الطَّلَاقَ قبل الدُّخُول لا يوجبُ إلَّا نصفَ المهر، والعُدرةُ زالت بغير الوطء وبغير الحِنَاية من قِبَل الزَّوْج فلا يجبُ المهرُ كاملاً، كما إذا زالت بوثبةٍ أو طَفْرِقَةٍ، ووجهُ قولهم: أنَّ العُدرةَ زالت بفعل الزَّوْج فيجبُ كَمَالُ المهرِ، كما إذا أزالها بالوطء أو بَحْشِيَّةٍ)) اهـ. وبهذا يُعلمُ صحَّةُ ما ذكره في "البحر"، وأنَّ وجوبَ كمال المهرِ فيما لو أزالها بحجرٍ لا يتوقَّفُ على الخلوة بل هو لكونه بفعله، أو لكونه حِنَايةً على اختلاف التعليلين للروايتين كما ذكر.

(١) "الفتاوى الهندية": الباب الثامن في الديات ٢٨/٦.

(٢) لم نثر عليها في مخطوطة "المحيط البرهاني" التي بين أيدينا.

(٣) "الحاشية": فصل في القتل الذي يوجب الدية ٤٤٦/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

ولم يدخل بها)) ذكرَ مثله في جنابات "الخائنة"^(١)، ومثله في "الفتح"^(٢) هنا، وهو صريح فيما قلناه في مسألة الدَّفْع، ومُشيرٌ إلى أنَّ مسألة الحَجَرِ في الخلوة؛ إذ لا يَظْهَرُ الفَرْقُ بين مَجَرَّدِ إزالتها بِحَجَرٍ أو دَفْعَةٍ، ويدلُّ عليه أنَّ المُفَادَ من إيجابِ نصفِ المهر في مسألة الدَّفْع أنَّ الزَّوْجَ لا ضَمَانٌ عليه في إزالةِ بكَارَةِ الزَّوْجَةِ بأيِّ سببٍ كان؛ لأنَّ وجوبَ نصفِ المهر عليه إنما هو بِحَكْمِ الطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ، وإلَّا لوجبَ عليه مهرٌ آخرُ؛ لإزالتها بالدَّفْعِ كما في مسألةِ امرأةٍ الغيرِ.

وبه عُلِمَ أنَّ لُزُومَ كَمَالِ المهر فيما لو أزالها بِحَجَرٍ إنما هو بِحَكْمِ الطَّلَاقِ بعدَ الخلوة لا بسببِ إزالتها بِالْحَجَرِ، وإلا لكانَ الواجبُ عليه مهرين^(٣)، [٣/٨٢ق/ب] حتَّى لو كان قد ضربها بِحَجَرٍ بدونِ خلوةٍ فأزالَ بكَارتها لا يَلْزَمُهُ شيءٌ لإزالةِ البكَارةِ، فإذا طَلَّقَهَا قبل الخلوة أيضاً فعليه نصفُ المهر بِحَكْمِ الطَّلَاقِ كما في مسألة الدَّفْع، ويدلُّ أيضاً على ما قلنا من عدمِ الفَرْقِ بين إزالتها بِحَجَرٍ أو دَفْعٍ أَنَّهُ صَرَّحَ في "الخائنة"^(٤): ((بأنه لو دَفَعَ بِكَراً أُجْنَبِيَّةً صَغِيرَةً أو كَبِيرَةً، فَذَهَبَتْ عُدْرَتُهَا لَزِمَهُ المَهْرُ))، وذكرَ مثله^(٥) فيما لو أزالها بِحَجَرٍ أو نحوه، فلم يُفَرِّقْ بين الدَّفْعِ والحَجَرِ في الأُجْنَبِيَّةِ، فعُلِمَ أنَّ الفَرْقَ بينهما في الزَّوْجَةِ من حيثِ الخلوة وعدمها؛ إذ لا شيءَ على الزَّوْجِ في مَجَرَّدِ إزالتها بالدَّفْعِ لِلْكِبَرِ ذلكَ بالعَقْدِ، فلا وجهَ لضمانيه به بخلاف الأُجْنَبِيَّةِ، وحيث لم يَلْزَمُهُ شيءٌ بِمَجَرَّدِ الدَّفْعِ لا يَلْزَمُهُ شيءٌ أيضاً بِمَجَرَّدِ إزالتها بِالْحَجَرِ ونحوه؛ إذ لا فَرْقَ بين آلَةٍ وآلَةٍ في هذه الإزالةِ، فالدَّفْعُ غَيْرُ قَيْدٍ، ثُمَّ رَأَيْتُ في جنابات "أحكام الصَّغَارِ"^(٦)

(١) "الخائنة": فصل في القتل الذي يوجب الدية ٤٤٦/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٩/٣.

(٣) في "الأصل" و"ب" و"و" ((مهران)).

(٤) "الخائنة": كتاب الجنابات - فصل في القتل الذي يوجب الدية ٤٤٦/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) أي: في "الخائنة": كتاب الجنابات - فصل في القتل الذي يوجب الدية ٤٤٦/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "جامع أحكام الصغار": في مسائل البرغ والقصص والختان ١٧٤/٢ بتصرف يسير، نقلاً عن "فوائد الشيخ برهان الدين" رحمه الله.

فعلى الأجنبي أيضاً نصف مهر مثلها إن طَلَّقَتْ قبل الدُّخُول، وإلاَّ فكلُّهُ، "نهر" بحثاً...

صرَّح: ((بأنَّ الزَّوْجَ لو أزالَ عُدَّتَها بالأصبع لا يَضْمَنُ، ويُعزَّرُ^(١))) اهـ.

ومقتضاه أنه مكروه فقط، وهل تنتفي الكراهة بسبب العجز عن الوصول إليها بكراً؟ الظاهر لا، فإنه يكون عيناً بذلك، ويكون لها حق التفريق، ولو جازَ ذلك لما بُتَّتْ عُنْتُهُ بذلك العجز، والله أعلم، فافهم.

[١١٨٩٦] (قوله: فعلى الأجنبي أيضاً) أي: كما أنَّ على الزَّوْجِ نصفَ المسمَّى كما مرَّ^(٢)

عن "البحر".

[١١٨٩٧] (قوله: إن طَلَّقَتْ) أي: طَلَّقَها زوجها.

[١١٨٩٨] (قوله: "نهر"^(٣)) بحثاً راجعٌ إلى قوله: ((وإلاَّ فكلُّهُ))، وذلك حيث قال: ((وفي

"جامع الفصولين"^(٤): تدافعت جارية مع أخرى فزالَت بَكَارُتُها وَجَبَ عليها مهرُ المثل اهـ. وهو بإطلاقه يُعَمُّ ما لو كانت المدفوعة متزوجة، فيستفاد منه وجوبُهُ على الأجنبي كاملاً فيما إذا لم يُطَلِّقْها الزَّوْجُ قبل الدُّخُولِ، فتدبره)) انتهى كلامُ "النهر".

وفيه^(٥): أنَّ عبارة "جامع الفصولين" تدلُّ على وجوبِ كمالِ مهرِ المثل مطلقاً من غيرِ تفصيل بين ما إذا طَلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ أو لم يُطَلِّقْها كما لا يخفى، وحينئذٍ يُعارضُ إيجابهم نصفَ مهرِ المثل على الأجنبي فيما إذا طَلَّقَها الزَّوْجُ قبلَ الدُّخُولِ. اهـ "ح"^(٦).

(قوله: راجعٌ إلى قوله: وإلاَّ فكلُّهُ إلخ) بل هو راجعٌ لقوله: ((ولو الدَّفْعُ من أجنبيٍّ إلى آخر العبارة))، فإنَّ جميعَ ذلك مذكورٌ في "النهر"، وعبارته: ((ولو الدَّفْعُ من أجنبيٍّ وَجَبَ بالطلاق قبل الدُّخُولِ نصفُ المسمَّى على الزَّوْجِ، وعلى الأجنبي نصفُ صَدَاقِ مثلها)). وفي "جامع الفصولين": ((تدافعت جارية إلخ)).

(١) في "ب" و"م": ((يعزَّر)) بالذال، وهو تحريف، وما أئنتاه من "الأصل" و"ق" هو الموافق لـ "جامع أحكام الصغار".

(٢) المقلوبة [١١٨٩٥] قوله: ((أو إزالة بَكَارِتها إلخ)).

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٧/ب.

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الرابع والثلاثون في الأحكامات - أحكام الصبيان ٢٠٦/٢. تصرف نقلًا عن "الفتاوى الصغرى".

(٥) هذا لإيراد من "ح".

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٣/أ.

وما في "جامع الفصولين" هو المذكور في "الحنائية"^(١) و"البرازية"^(٢) وغيرهما، وهو الوجه؛ لِمَا علمت من أنَّ إزالة البكارة من أجنبي غير الزوج تُوجب مهر المثل على المزيل، سواء كانت بدفع أو حَجَرٍ، وذلك لا يُنافي وجوب نصف المسمى على الزوج [٣/٨٣ق/١] بطلاقها قبل الدخول؛ لاختلاف السبب، فإنَّ سبب إيجاب المهر كاملاً على الدافع الحنائية، وسبب إيجاب النصف على الزوج الطلاق، ولو كان ما وجب على الزوج مُنقِصاً للحنائية - حتى أوجب النصف على الجاني - لزم أن لا يجب على الجاني شيء إذا طلقها الزوج بعد الخلوة الصحيحة؛ لوجوب المهر كاملاً على الزوج.

هذا، وفي "المنح"^(٣) عن "جواهر الفتاوى": ((ولو افتَضَّ مجنونٌ بكارة امرأةٍ بإصبعٍ فقد أشارَ في "المبسوط" و"الجامع الصغير"^(٤): إذا افتَضَّها كرهاً بإصبعٍ أو حَجَرٍ أو آلةٍ مخصوصةٍ حتى أفضاها فعليه المهر، ولكنَّ مشايخنا يذكرون أنَّ هذا وقَعَ سهواً، فلا يجبُ إلا بالآلةِ الموضوعةِ لقضاء الشهوة والوطء، ويجبُ الأرضُ في ماله)) اهـ.^(٥)

قلت: وهذا مُشْكِلٌ، فإنَّ الافتضاء إزالة البكارة، والإفضاء خلطُ مسلكي البول والغائط، والمشهورُ في الكتبِ العتمدة المتداولة أنَّ موجبَ الأولِ مهرُ المثل ولو بغيرِ آلةِ الوطء كما علمتُه مما^(٦) قلَّمتاه^(٧)، وموجبَ الثاني الديةُ كاملةٌ إنَّ لم تستمسك البول، وإلا فتلثها؛ لأنها جراحةٌ جائفَةٌ،

(١) "الحنائية": كتاب الجنائيات - فصل في القتل الذي يوجب الدية ٤٦/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البرازية": كتاب الجنائيات - الفصل الثاني في الخطأ - نوع آخر في الجنابة على الصبي ٣٨٨/٦ (هامش "الفتاوى الهندية") وأصل المسألة عنده أنَّ الصغيرة وقعت على أخرى لا دفعتها، وعزا أصل المسألة إلى "الفتاوى الصغرى".

(٣) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام المهر ١/٢٣ق/١.

(٤) لم نعر على المسألة في نسخة "الجامع الصغير" التي بين أيدينا.

(٥) في "د" زيادة: ((فهذا لم يذكره المصنف. حوى)). ق ١٦٠/ب.

(٦) في "الأصل": ((على ما)).

(٧) المقولة [١١٨٩٥] قوله: ((أو إزالة بكارتها إلخ)).

(و) يجبُ نصفُهُ^(١) بطلاقٍ

وهذا لو من أجنبيٍّ، فلو من الزَّوجِ لم يجبُ في الأوَّلِ ضمانٌ كما مرَّ^(٢)، وكذا في الثاني^(٣) عندهما خلافاً لـ "أبي يوسف"، حيث جعلَ الزَّوجَ فيه كالأجنبيِّ، واعتمدهُ "ابن وهبان"^(٤) لتصريحهم بأنَّ الواجب في سَلَسِ البَوْلِ الدِّيَّةُ، ورَدُّهُ "الشَّرنبلاليُّ" في "شرح الوهبائية": ((بأنَّ هذا في غيرِ الزَّوجِ))، وأطال في ذلك، والله تعالى أعلم.

[١١٨٩٩] (قوله): ويجبُ نصفُهُ أي: نصفُ المهرِ المذكور، وهو العَشْرَةُ إن سَمَّاهَا أو دونها، أو الأكثرُ منها إن سَمَّاه، والمتبادِرُ التَّسميةُ وقتَ العقدِ، فحَرَجَ ما فُرِضَ أو زِيدَ بعدَ العقدِ، فإنه لا يُنصَفُ كالتَّمَتَّةِ كما سيأتي^(٥)، وفي "البدائع"^(٦): ((ولو شَرَطَ مع المُسمَّى ما ليس بمال - بأنَّ تزَوَّجَهَا على ألفِ درهمٍ وعلى أن يُطلِّقَ امرأتهُ الأخرى، أو على أن لا يُخْرِجَهَا من بلدِها - ثمَّ طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ فلها نصفُ المُسمَّى، وسَقَطَ الشَّرْطُ؛ لأنَّهُ إذا لم يَفِ به يجبُ تمامُ مهرِ المثل، ومهرُ المثل لا يَثْبُتُ بالطلاقِ قبل الدُّخُولِ، فسَقَطَ اعتبارُهُ، فلم يَتَّقِ إلَّا المُسمَّى فيتَنصَفُ، وكذلك إن شَرَطَ مع المُسمَّى شيئاً مجهولاً - كأنَّ يَهْدِيَ لها هَدِيَّةً - ثمَّ طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ فلها نصفُ المُسمَّى؛ لأنَّهُ إذا لم يَفِ بالهديةِ يجبُ مهرُ المثل، [٢/٨٣ق/ب] ولا مدخلَ لمهرِ المثل في الطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ، فيسَقُطُ اعتبارُ هذا الشَّرْطِ، وكذا لو تزَوَّجَهَا على ألفٍ أو على ألفين، حتَّى وجَبَ مهرُ المثل)) انتهى.

٣٣١/١

[١١٩٠٠] (قوله): بطلاقٍ الباء للمصاحبةِ لا للسَّبَبِيَّةِ؛ لِما مرَّ^(٧) من أنَّ الوجوبَ بالعقدِ،

(١) في "د" زيادة: ((ليس لغير الأب والجد من الأولياء قبضُ المهر، إلَّا أن يكونوا أوصياء، فلائِم ذلك إذا كانت وصية.

"حامدية" عن "التاريخانية"). ق ١٦٠/ب.

(٢) المقولة [١١٨٩٥] قوله: ((أو إزالة بكارتها [إلخ]).

(٣) ((في الثاني)) ساقط من "الأصل".

(٤) "الوهبائية" - فصل من كتاب الجنائيات ١٠٤ (هامش "المنظومة المحببة").

(٥) "در" ص ٣٨٥ - وما بعدها.

(٦) "البدائع": كتاب النكاح - فصل وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٢٩٧/٢ بتصرف.

(٧) ص ٣٤٣ - أول باب المهر.

قبل وطء أو خلوة) فلو كان نكحها على ما قيمته خمسة كان لها نصفه ودرهمان ونصف (وعاد النصف إلى ملك الزوج.....

أفاده في "الشربلالية"^(١)، ولو قال: بكل فرقة من قبله لشمل مثل رذيه، وزناه، وتقيله، ومعاقبه لأمر امرأته وبناتها قبل الخلوة، "فهستاني"^(٢) عن "النظم".

[١١٩٠١] (قوله: قبل وطء أو خلوة) هو معنى قول "الكنز"^(٣): ((قبل الدخول))، فإنَّ الدخول يشمل الخلوة أيضاً؛ لأنها دخولٌ حكماً كما في "البحر"^(٤) عن "المجتبى"، وسيأتي^(٥) متناً: ((أنَّ القول لها لو ادَّعت الدخول وأنكره؛ لأنها تُنكر سقوط النصف)).

[١١٩٠٢] (قوله: فلو كان نكحها إلخ) تفرغ على قوله: ((ويجب نصفه)) الشامل للعشرة فيما لو سمى ما دونها كما قرَّره^(٦)، فافهم.

[١١٩٠٣] (قوله: ودرهمان ونصف) لأنه لما سمى ما قيمته دون العشرة لزم خمسة أخرى تكملة العشرة، ولما طلقها قبل الدخول كان لها نصف المسمى ونصف التكملة.

[١١٩٠٤] (قوله: وعاد النصف إلى ملك الزوج) أي: ولو كان تبرع به عنه آخر، وإذا كانت الفرقة قبل الدخول من قبيلها عاد إليه الكل، قال في "البحر"^(٧) عن "القنية"^(٨): ((لو تبرع

(قوله: قال في "البحر" عن "القنية": لو تبرع بالمهر عن الزوج إلخ) عزا ذلك فيها إلى "الفتاوى الصغرى"،

(١) "الشربلالية": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٢/١ (هامش "الدرر والغر").

(٢) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل في المهر ٢٨٦/١ بتصرف يسير.

(٣) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - باب المهر ١٥١/١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٤/٣.

(٥) "در" ص ٤١١ -.

(٦) المقولة [١١٨٩٩] قوله: ((ويجب نصفه)).

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٦/٣.

(٨) "القنية": كتاب المدائبات ق ١/١٦١.

بمجرد الطلاق إذا^(١) لم يكن مسلماً لها، وإن كان (مُسَلِّماً) لها لم يَبْطُلْ مِلْكُهَا منه،

بالمهر عن الزوج، ثم طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ جَاءَتْ الْفُرْقَةُ مِنْ قِبَلِهَا يَعُودُ نَصْفُ الْمَهْرِ فِي الْأَوَّلِ وَالْكُلُّ فِي الثَّانِي إِلَى مِلْكِ الزَّوْجِ بِخِلَافِ الْمُتَرَّعِ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ، إِذَا ارْتَفَعَ السَّبَبُ يَعُودُ إِلَى مِلْكِ الْقَاضِي إِنْ كَانَ بغيرِ أَمْرِهِ).

[١١٩٠٥] (قوله: بمجرد الطلاق) أي: بالطلاق المجرد عن القضاء والرضاء.

[١١٩٠٦] (قوله: إذا لم يكن مسلماً لها) وكذا إذا كان ديناً لم تقبضه، فإنه يسقط نصف

المسمى بالطلاق ويبقى النصف كما في "البدائع"^(٢).

ونقله في "البحر" و"المقدس" ولم يحكما خلافاً، وذكره في الفصل الرابع والثلاثين من "الفصولين"، وعبارته: ((ولو ترع بدني ثم انتقض ذلك بوجه من الوجوه يعود إلى ملك القاضي إذا ترع بقضاء دينه، ولو قضاه بأمره يعود إلى ملك من عليه، ويضمن للقاضي مثله، ولو ترع بمهر ثم خرج من المهرية بردتها، أو خرج نصفه بطلاق قبل دخول يرجع إلى ملك المترع، وكذا المترع بالشئ إذا انفسخ البيع ورجع في الثمن)) اهـ. وفي "نور العين" - بعد ذكر مسألة الدين السابقة -: ((ترع بمهر ابنه ثم ارتفع النكاح فالمهر للأب، وكذا التبرع بسائر الديون)) اهـ. وفي "الذخيرة": ((من قضى دين غيره بأمره أو بغير أمره يخرج المقتضي به عن ملك القاضي إلى ملك المقتضي له من غير أن يدخل في ملك المقتضي عنه، ألا ترى أن القضاء عن الميت صحيح مع أنه ليس من أهل الملك، ومن قضى دين غيره بسبب فعند ارتفاع ذلك السبب يعود المقتضي به إلى ملك القاضي إن قضاه بغير أمر، وإن بأمر يعود إلى ملك المقتضي عنه؛ لأن الأصل عند ارتفاع السبب أن يعود إلى ملك القاضي إلا أن القضاء إذا كان بأمر المقتضي عنه، فالقاضي استحق البدل عليه، فلو قلنا بعوده إلى ملكه بعد ارتفاع السبب يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وهو لا يجوز، وهذا المعنى معلوم فيما إذا قضى بغير أمره، وعلى ما ذكر تكون عبارة "القنية" محمولة على ما إذا ترع عن الزوج بأمره، وإلا فلا يظهر فرق بين دين المهر وغيره، تأمل.

(١) في "ط": ((إذا)).

(٢) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٢٩٧/٢.

بل (توقَّفَ) عَوْدُهُ إِلَى مِلْكِهِ (على القضاءِ أو الرِّضَا) فلهذا (لا نفاذَ لعتقِهِ) أي: الزَّوْجِ (عبدَ المهرِ بعد طلاقِها قبلَهُ) أي: قبلَ القضاءِ ونحوِهِ؛ لعدمِ ملكِهِ قبلَهُ (ونفَذَ تصرفُ المرأةِ قبلَهُ) (في الكلِّ لبقاءِ مِلْكِها) وعليها نصفُ قيمةِ الأصلِ يومَ القبضِ؛

[١١٩٠٧] (قوله: بل توقَّفَ عَوْدُهُ إلخ) أي: عَوْدُ النِّصْفِ إِلَى مِلْكِهِ؛ لأنَّ العَقْدَ وإن انفسَخَ بالطلاقِ فقد بقيَ القبضُ بالتَّسْلِيْطِ الحاصلِ بالعَقْدِ، وإنَّه من أسبابِ الملكِ، فلا يَزُولُ الملكُ إلَّا بالفسخِ من القاضي؛ لأنَّه فسخٌ لسببِ الملكِ، أو بتسليمِها؛ لأنَّه نقضٌ للقبضِ حقيقةً، "بدائع" (١).
[١١٩٠٨] (قوله: عبدَ المهرِ مفعولٌ) ((العتقُ))، والمرادُ نصفُهُ، وكذا كُلُّهُ بالأوَّلِ؛ إذ لا حقَّ له في النِّصْفِ الآخرِ.

[١١٩٠٩] (قوله: بعد طلاقِها قبلَهُ) الظَّرْفانِ مُتَعَلِّقان بِـ ((عَتَقَ)).

[١١٩١٠] (قوله: ونحوِهِ) المرادُ به الرِّضَا. اهـ "ح" (٢).

[١١٩١١] (قوله: لعدمِ ملكِهِ قبلَهُ) أي: قبلَ القضاءِ ونحوِهِ، حتَّى لو قَضَى القاضي بعد العتقِ بالنِّصْفِ له لا ينفذُ [١/٨٤ق/٣] ذلك العتقُ؛ لأنَّه عَتَقَ سَبْقَ مِلْكِهِ كالمقبوضِ بشراءٍ فاسدٍ، إذا عَتَقَهُ البائعُ ثُمَّ رُدَّ عليه لا ينفذُ ذلك العتقُ الذي كان قبلَ الرَّدِّ، "فتح" (٣).

[١١٩١٢] (قوله: ونفَذَ تصرفُ المرأةِ) من جملةِ المفرَّعِ على قوله: ((بل توقَّفَ إلخ))، "ط" (٤). وشَمِلَ التَّصَرُّفُ العتقَ والبيعَ والهبةَ، وقوله: ((قبلَهُ)) أي: قبلَ القضاءِ ونحوِهِ.

[١١٩١٣] (قوله: وعليها نصفُ قيمةِ الأصلِ إلخ) لأنَّه إذا نفَذَ تصرفُها فقد تعدَّرَ عليها رَدُّ النِّصْفِ بعد وجوبِهِ، فَتَضَمَّنُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ لِلزَّوْجِ يومَ قَبِضَتْ، "بحر" (٥)، أي: لأنَّه بالقبضِ دخلَ في ضمانِها.

(١) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٢٩٨/٢ بتصرف.

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٣/١.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٩/٣ بتصرف يسير.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٤٩/٢.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٥/٣.

لأنَّ زيادةَ المهرِ المنفصلةَ تنصِّفُ قبلَ القبضِ لا بعدهُ.....

[١١٩١٤] (قوله: لأنَّ زيادةَ المهرِ) تعليلٌ لما استُفيدَ من التقييد بالأصل، وهو أنَّ المهرَ لو زاد بعدَ القبضِ لا تَصْنَعُ الزَّيَادَةُ، لكنَّ في المسألةِ تفصيلٌ؛ لأنَّ الزَّيَادَةَ في المهرِ إمَّا مُتَّصِلَةٌ مُتَوَلِّدَةٌ مِنَ الْأَصْلِ كَسِمَنِ الْجَارِيَةِ وَحَمَالِهَا وَأَنْمَارِ الشَّجَرِ، أَوْ غَيْرُ مُتَوَلِّدَةٍ كَصَبْغِ الثُّوبِ وَالْبِنَاءِ فِي الدَّارِ، أَوْ مُنْفَصِلَةٌ مُتَوَلِّدَةٌ كَالْوَلَدِ وَالثَّمَرِ إِذَا جُدَّ، أَوْ غَيْرُ مُتَوَلِّدَةٍ كَالْكَسْبِ وَالْغَلَّةِ. وَكُلٌّ إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَيَنْصَفُ إِلَّا الْغَيْرَ الْمُتَوَلِّدَةَ بِقِسْمِيهَا، أَوْ بَعْدَهُ فَلَا يَنْصَفُ، فَلِأَقْسَامِ ثَمَانِيَةٍ كَمَا فِي "النَّهْرِ"^(١) وَغَيْرِهِ. وَالْحَاصِلُ: أَنَّ الزَّيَادَةَ لَا تَنْصَفُ، بَلْ تَسْلَمُ لِلزَّوْجَةِ إِذَا حَدَثَتْ بَعْدَ الْقَبْضِ مُطْلَقًا، أَوْ قَبْلَهُ إِنْ كَانَتْ غَيْرَ مُتَوَلِّدَةٍ مُتَّصِلَةً أَوْ مُنْفَصِلَةً، فَكَانَ الْأَوَّلَى لـ "الشَّارِحِ" أَنْ يَقُولَ: ((لأنَّ الزَّيَادَةَ الْمُتَوَلِّدَةَ قَبْلَ الْقَبْضِ تَنْصَفُ دُونَ غَيْرِهَا)).

ثُمَّ اعْلَمْ أَنَّ هَذَا كُلَّهُ إِذَا حَدَثَتْ الزَّيَادَةُ قَبْلَ الطَّلَاقِ، فَلَوْ بَعْدَهُ: فَإِنْ كَانَتْ قَبْلَ الْقَبْضِ تَنْصَفَتْ كَالْأَصْلِ، وَإِنْ بَعْدَ الْقَبْضِ فَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَضَاءِ لِلزَّوْجِ بِالنِّصْفِ فَكَذَلِكَ، وَإِلَّا فَالْمَهْرُ فِي يَدِهَا كَالْمَقْبُوضِ بَعْدَ فِاسِدٍ؛ لِأَنَّهُ فَسَدَ مِلْكُهَا فِي النِّصْفِ^(٢) بِالطَّلَاقِ كَمَا فِي "الْبِدَائِعِ"^(٣)، وَبَقِيَ مَسَائِلُ نَقْصَانِ الْمَهْرِ، وَهِيَ خَمْسٌ وَعَشْرُونَ صُورَةً مَذْكُورَةً فِي "الْبَحْرِ"^(٤) وَ"النَّهْرِ"^(٥).

[١١٩١٥] (قوله: قبلَ القبضِ) ظَرَفَ لِقَوْلِهِ: ((تَنْصَفُ))، وَالْوَاقِعُ فِي "النَّهْرِ"^(٦) وَغَيْرِهِ جَعَلَهُ ظَرْفًا لِلزَّيَادَةِ، فَإِنَّ الْمَوْدَى وَاحِدٌ، "ط"^(٧).

(قوله: لكن في المسألة تفصيل إلخ) يُنْظَرُ مَا فِي "الْفَتْحِ" وَ"الْبَحْرِ".

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٧/ب - ق ١٧٨/أ.

(٢) في "ب" و"م": ((ملكها النصف)).

(٣) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٣٠٠/٢ - ٣٠١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٥/٣ - ١٥٦.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٨/أ.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٨/أ.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٠/٢ - بتصرف.

(وَوَجَبَ مَهْرُ الْمَثَلِ فِي الشَّغَارِ) هُوَ أَنْ يُزَوِّجَهُ بِنْتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ الْآخَرُ بِنْتَهُ
أَوْ أُخْتَهُ مَثَلًا مُعَاوِضَةً بِالْعَقْدَيْنِ،.....

قلت: ويصحُّ جَعْلُ الظَّرْفِ مُتَعَلِّقًا بِمَحْذُوفٍ حَالٍ مِنْ ((زِيَادَةٍ))، فَتَجِدُ الْعِبَارَتَانِ.

مطلب: نكاح الشُّغَارِ

[١١٩١٦] (قوله: فِي الشَّغَارِ) بِكسْرِ الشَّيْنِ: مُصَدَّرٌ ((شَاغَرَ)). اِهـ "ح" (١).

[١١٩١٧] (قوله: هُوَ أَنْ يُزَوِّجَهُ الْإِخ) قَالَ فِي "النَّهْرِ" (٢): ((وَهُوَ أَنْ يُشَاغِرَ الرَّجُلَ، أَيْ: يُزَوِّجَهُ حَرَمَتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ الْآخَرُ حَرَمَتَهُ وَلَا مَهْرَ إِلَّا هَذَا، كَذَا فِي "الْمَغْرِب" (٣))، أَيْ: عَلَى أَنْ يَكُونَ بُضْعُ كُلِّ صَدَاقٍ [٨٤ق/٣ب] عَنِ الْآخَرِ، وَهَذَا الْقَيْدُ لَا يَدُّ مِنْهُ فِي مُسَمًّى الشَّغَارِ، حَتَّى لَوْ لَمْ يَقُلْ ذَلِكَ وَلَا مَعْنَاهُ، بَلْ قَالَ: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي عَلَى أَنْ تَزَوِّجَنِي بِنْتَكَ فَقَبِلَ، أَوْ عَلَى أَنْ يَكُونَ بُضْعُ بِنْتِي صَدَاقًا لِبَنْتِكَ فَلَمْ يَقْبَلِ الْآخَرُ، بَلْ زَوَّجَهُ بِنْتَهُ وَلَمْ يَجْعَلْهَا صَدَاقًا لَمْ يَكُنْ شِغَارًا بَلْ نِكَاحًا صَحِيحًا اتِّفَاقًا وَإِنْ وَجَبَ مَهْرُ الْمَثَلِ (٤) فِي الْكُلِّ؛ لِمَا أَنَّهُ سَمًّى مَا لَا يَصْلُحُ صَدَاقًا. وَأَصْلُ الشَّغُورِ: الْخُلُوءُ، يَقَالُ: بَلَدٌ شَاغِرَةٌ إِذَا خَلَّتْ عَنِ السُّلْطَانِ، وَالْمَرَادُ هُنَا الْخُلُوءُ عَنِ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّهُمَا بِهِمَا الشَّرْطُ كَأَنَّهُمَا أَحْلَايَا الْبُضْعَ عَنْهُ، "نَهْر" (٥).

[١١٩١٨] (قوله: مُعَاوِضَةً بِالْعَقْدَيْنِ) الْمَرَادُ بِالْعَقْدِ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ وَهُوَ الْبُضْعُ كَمَا فِي "الْحَوَاشِي السَّعْدِيَّة" (٦)، أَيْ: عَلَى أَنْ يَكُونَ كُلُّ بُضْعٍ عَوَاضَ الْآخَرِ مَعَ الْقَبُولِ مِنَ الْعَقْدِ الْآخَرِ كَمَا يَشِيرُ إِلَيْهِ لَفْظُ الْمُفَاعَلَةِ، فَاحْتَرَزَ عَمَّا إِذَا لَمْ يُصَرَّحْ بِكَوْنِ كُلِّ بُضْعٍ عَوَاضَ الْبُضْعِ الْآخَرِ، أَوْ صَرَّحَ بِهِ أَحَدُهُمَا وَقَالَ الْآخَرُ: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي، كَمَا مَرَّ (٧).

(١) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٦٣/أ.

(٢) "النَّهْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٨١/أ - ب بِتَصْرِفٍ يَسِيرٍ.

(٣) "الْمَغْرِب": مَادَّةُ ((شَغَرَ)).

(٤) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((لِصَحَّةِ الْعَقْدِ، كَذَا فِي "الْبَحْر"، "شَرْيَاحُ")). ق ١٦١/أ.

(٥) "النَّهْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٨١/أ - ب.

(٦) "الْحَوَاشِي السَّعْدِيَّة": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٢٢٢/٣ (هَامِشٌ "نَفْحُ الْقَدِير").

(٧) فِي الْمَقُولَةِ السَّابِقَةِ.

وهو منهى عنه لخلوّه عن المهر، فأوجبنا فيه مهر المثل، فلم يبقَ شِغاراً (و) في (خدمة زوج حر).....

[١١٩١٩] (قوله: وهو منهى عنه لخلوّه عن المهر إلخ) جواب عما أوردّه "الشافعي" من حديث "الكتب الستة" مرفوعاً من النهي عن نكاح الشغار^(١)، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، والجواب: أن متعلّق النهي - مسمى الشغار المأخوذ في مفهومه - خلوّه عن المهر وكون البضع صداقاً، ونحن قائلون بنفي هذه ماهية وما يصدق عليها شرعاً، فلا تثبت النكاح كذلك بل نبطله، فيبقى نكاحاً مسمى فيه ما لا يصلح مهراً، فينقذ موجباً لمهر المثل كالمسمى فيه خمر أو خنزير، فما هو متعلّق النهي لم تثبته، وما أثبتناه لم يتعلّق به، بل اقتضت العمومات صحته، وتأمّاه في "الفتح"^(٢). زاد "الزيلعي"^(٣): ((أو هو - أي: النهي - محمول على الكراهة)) اهـ، أي: والكراهة لا توجب الفساد.

وحاصله: أنه مع إيجاب مهر المثل لم يبقَ شِغاراً حقيقةً، وإن سلّم فالنهي على معنى الكراهة، فيكون الشرع أوجب فيه أمرين: الكراهة ومهر المثل، فالأول مأخوذ من النهي، والثاني من الأدلة الدالة على أن ما سمي فيه ما لا يصلح مهراً ينقذ موجباً لمهر المثل، وهذا الثاني دليل على حمل النهي على الكراهة دون الفساد.

وبهذا التقرير اندفع ما أورد من أن حملة على الكراهة يقتضي أن الشغار الآن غير منهى عنه لإيجابنا فيه مهر المثل، ووجه الدفع: أنه إذا حمل النهي على معنى الفساد فكونه غير منهى عنه^(٤) الآن - أي: بعد إيجاب مهر المثل - مسلّم، وإن حمل على معنى الكراهة فالنهي [١/٨٥٣/٣] باق، فافهم.

[١١٩٢٠] (قوله: وفي خدمة زوج حر) أي: يجب مهر المثل عندهما في جعله المهر خدمته

(١) تقدم تخرجه في المقولة [١١٤٣٦].

(٢) انظر "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٢٢/٢ - ٢٢٣.

(٣) "بين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٤٥/٢ بتوضيح من ابن عابدين.

(٤) ((عنه)) ليست في "ب" و"م".

سَنَّة (للإمهار) لحرِّة أو أمة؛ لأنَّ فيه قلبَ الموضوع،.....

إياها سنة، وقال "حمَّد": لها قيمةُ الخدمة. قيَّد بالخدمة؛ لأنَّه لو تزَوَّجها على سُكْنَى داره أو رُكُوبِ دابَّتِه أو الحملِ عليها، أو على أنْ تَرزَعَ أرضه، ونحو ذلك من منافع الأعيان مُدَّة معلومةٌ صَحَّت التَّسمية؛ لأنَّ هذه المنافع^(١) مالٌ أو ألْحِقَتْ به للحاجة، "نهر"^(٢) عن "البدائع"^(٣). واحتزَّزَ بالحرِّ عن العبدِ كما يأتي^(٤) في قوله: ((ولها خدمته لو عبداً))، وزاد قوله: ((أو أمة)) لقول "النهر"^(٥): ((إنَّ الظَّاهر من كلامهم أنَّه لا فرقَ بينها وبين الحرِّة، بل التَّنافي للمعلَّل به أقوى في الأمَّة منه في الحرِّة)).

[١١٩٢١] (قوله: سنة) إمَّا ذكره لتوهُم صحَّة التَّسمية بتعيين المدة، فإذا لم تصحَّ في المعينة ففي المجهولة بالأوَّل، "ط"^(٦).

[١١٩٢٢] (قوله: لأنَّ فيه قلبَ الموضوع) لأنَّ موضوعَ الزَّوجيَّة أنْ تكونَ هي خادمةٌ له لا بالعكس، فإنَّه حرامٌ؛ لما فيه من الإهانة والإذلال كما يأتي^(٧)، فقد سَمَّى ما لا يصلُحُ مهرًا، فصَحَّ العَقْدُ ووجِبَ مهرُ المثل، قال في "النهر"^(٨): ((واختلَّفت الرواياتُ في رعيِّ غنيمها وزراعةِ أرضها للتَّردُّدِ في تمَحُّضها خدمةً وعدمه، فعلى روايةِ "الأصل" و"الجامع": لا يجوزُ، وهو الأصحُّ، وروى "ابن سَماعة": أنَّه يجوزُ، ألا ترى أنَّ الابن لو استأجَرَ أباه للخدمة لا يجوزُ، ولو استأجَرَهُ للرعيِّ والزَّراعة يصحُّ، كذا في "الدَّراية"، وهذا شاهدٌ قويٌّ، ومن هنا قال "المصنَّف" في "كافيهِ"^(٩) - بعدَ ذكرِ روايةِ "الأصل": - الصَّوابُ أنْ يَسَلَّمَ لها إجماعاً) اهـ.

(١) في "د" زيادة: ((أموالٌ أو التحقت بالأموال شرعاً؛ إذ ليس فيه استخدام زوجها فجعلت أموالاً، والتحقت بالأعيان فصدقت تسميتها، "منح")). ق ١٦١/أ.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨١/ب.

(٣) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يصحُّ تسميته مهرًا ٢٧٩/٢ بتصرف.

(٤) "د" ص ٣٦٩ -.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨١/ب بتصرف، وفيه: ((بل الثاني)) بدل: ((بل الثاني)).

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٠/٢ بتصرف.

(٧) "د" ص ٣٦٩ -.

(٨) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨١/ب.

(٩) "كافي النسفي": كتاب النكاح - باب المهر ق ١١٣/أ.

كذا قالوا، ومُفَادُهُ صَحَّةُ تَزْوُجِهَا عَلَى أَنْ يَخْلِمَ سَيِّدَهَا أَوْ وَلِيِّهَا كَقِصَّةِ "شُعَيْبٍ" مع "موسى" عليهما الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ^(١)، كَصَحَّتِهِ.....

[١١٩٢٣] (قوله: كذا قالوا) الأولى إسقاطه؛ لأنَّ عاداتهم في مثل هذه العبارة تضعيفُ المقولِ والتَّبرُّي عنه، وهو غيرُ مرادٍ هنا، تأمل.

[١١٩٢٤] (قوله: ومُفَادُهُ إلخ) البحثُ لصاحب "النَّهر"^(٢)، قال "الرَّحْمَنِيُّ": ((وَالظَّاهِرُ أَنَّ وَلِيِّهَا يَضْمَنُ لَهَا حِينَئِذٍ قِيَمَةَ الْخِدْمَةِ بِخِلَافِ سَيِّدِهَا؛ لِأَنَّهُ الْمُسْتَحَقُّ لِمَهْرِ أُمَّتَيْهِ، وَالظَّاهِرُ هُنَا الْإِتِّفَاقُ عَلَى صَحَّةِ التَّزْوِيجِ بِخِلَافِ خِدْمَتِهِ لَهَا)) اهـ.

قلت: لكنَّ في "البحر"^(٣) عن "الظَّهْرِيَّة"^(٤): ((لَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنْ يَهَبَ لَأَيِّهَا أَلْفَ دَرَاهِمٍ لَهَا مَهْرُ الْمَثَلِ وَهَبَ لَهُ أَوْ لَا، فَإِنْ وَهَبَ كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي هَيْئَةٍ)) اهـ.

ومقتضاهُ وجوبُ مهرِ المثلِ في خدمةٍ ولَّيَّهَا وَعَدِمَ تُزْوِمَ الْخِدْمَةَ، وكذا في مثلِ قِصَّةِ "شُعَيْبٍ" عليه السَّلَامُ، ولو فَعَلَ الزَّوْجُ مَا سَمَّى بِنِغْيٍ أَنَّ [٣/٨٥ق/ب] يَجِبُ لَهُ أَجْرُ الْمَثَلِ عَلَى وَلِيِّهَا كَمَا قَالُوا فِيمَا لَوْ قَالَ لَهُ: اْعْمَلْ مَعِيَ فِي كَرْمِي لِأَزْوَاجِكَ ابْنَتِي، فَعَمَلٌ وَلَمْ يُزَوِّجْهُ لَهُ أَجْرُ الْمَثَلِ، تَأْمَلْ.

[١١٩٢٥] (قوله: كَقِصَّةِ "شُعَيْبٍ") فَإِنَّهُ زَوَّجَ "موسى" - عليهما السَّلَامُ - بِنْتَهُ عَلَى^(٥) أَنْ يَرَعَى

(قوله: ومُقتضاهُ وجوبُ مهرِ المثلِ في خدمةٍ ولَّيَّهَا إلخ) فيه: أَنَّ فِرْعَ "الشَّارَحَ" جَعَلَ خِدْمَةَ الْوَلِيِّ مَهْرًا، وَفِرْعَ "الظَّهْرِيَّةَ" جَعَلَ الْهَبَةَ لِلْأَبِ مَهْرًا، وَالْهَبَةُ لَا تَصْلُحُ مَهْرًا، لَعَدِمَ كَوْنُهَا مَالًا أَوْ مُلْحَقًا بِهِ فَلَمْ يُسَمَّ مَا يَصْلُحُ مَهْرًا فَلَذَا وَجِبَ مَهْرُ الْمَثَلِ، بِخِلَافِ الْخِدْمَةِ فَإِنَّهَا مَالٌ أَوْ مُلْحَقٌ بِهِ فَصَحَّتِ التَّسْمِيَةُ، وَالْأَلْفُ فِي مَسْأَلَةِ "الظَّهْرِيَّةِ" إِنَّمَا جُعِلَتْ تَرْعَاً لِلْأَبِ لَا دَخْلَ لَهَا فِي الْمَهْرِ، وَالْخِدْمَةُ لِلْأَبِ جُعِلَتْ مَهْرًا.

(١) (عليهما الصلاة والسلام)) ليست في "ب" و"و" و"د".

(٢) "النَّهر": كتاب النِّكَاح - باب المهر ق ١٨١/ب.

(٣) "البحر": كتاب النِّكَاح - باب المهر ١٥٧/٣ بتصرف.

(٤) "الظَّهْرِيَّة": كتاب النِّكَاح - الفصل السابع في المهور ق ٨٠/ب.

(٥) (على)) ساقطة من "ت".

على خدمة عبده أو أمته أو عبد الغير برضا مولاه أو حر آخر برضاه.....

له غنمة ثمانين سنين، وقد قصه الله تعالى علينا بلا إنكار، فكان شرعاً لنا، وقد استدلل بهذه القصة على ترجيح ما مر^(١) من رواية الجواز في رعي غنمها، وردّه في "الفتح"^(٢): ((بأنه إنما يلزم لو كانت الغنم ملك البنت دون "شعيب"، وهو متنفذ)) اهـ. وتبعه في "البحر"^(٣).

ومفاده صحة الاستدلال بها على الجواز في رعي غنم الأب.

[١١٩٢٦] (قوله: على خدمة عبده أي: عبد الزوج، أي: خدمة عبده إياها، فالمصدر

مضاف لفاعله، وكذا ما بعده.

[١١٩٢٧] (قوله: أو حر آخر برضاه في "الغاية" عن "المحيط": ((لو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته، وترجع^(٤) على الزوج بقيمة خدمته)) اهـ.

٣٣٣/١

قال في "الفتح"^(٥): ((وهذا يشير إلى أنه لا يخلد لها، فإما: لأنه أجنبي لا يؤمن الانكشاف عليه مع مخالطته للخدمة، وإما أن يكون مراده إذا كان بغير أمر ذلك الحر))، ثم قال^(٦) - بعد كلام -: ((ويجب أن ينظر: فإن لم يكن بأمره ولم يجره وجب قيمة الخدمة، وإن بأمره فإن كانت خدمة معينة تستدعي مخالطة لا يؤمن معها الانكشاف والفتنة وجب أن تمنع وتعطى هي قيمتها، أو لا تستدعي ذلك وجب تسليمها وإن كانت غير^(٧) معينة بل تزوجها على منافع ذلك الحر، حتى تصير أحق بها؛ لأنه أجبر، وحينئذ^(٨) فإن صرفته في الأول فكالأول أو في الثاني فكالثاني)) اهـ.

(١) المقولة [١١٩٢٢] قوله: ((لأن فيه قلب الموضوع)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٢٤/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٧/٣.

(٤) ((وترجع)) ساقطة من "الأصل".

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٢٣/٣.

(٦) أي: في "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٢٣/٣ - بتصرف يسير.

(٧) (غير) ساقطة من "الأصل".

(٨) في "النسخ جميعها: ((وحد)) وما أثبتناه من "ط"، وقد نبه عليه مصحح "م".

(و) في (تعليم القرآن) للنصّ بالابتغاءِ بالمال، وباءُ ((زَوَّجْتُكَ بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ))
لِلسَّبِيَّةِ أَوْ لِلتَّعْلِيلِ،.....

أي: إنَّ صَرَفْتَهُ وَاسْتَحْدَمْتَهُ فِي النَّوْعِ الْأَوَّلِ - وَهُوَ مَا يَسْتَدْعِي الْمَخَالَطَةَ - فَكَالْأَوَّلِ مِنَ الْمَنَعِ
وَإِعْطَاءِ قِيَمَةِ الْخِدْمَةِ، وَإِنْ اسْتَحْدَمْتَهُ بِمَا لَا يَسْتَدْعِي ذَلِكَ فَحُكْمُهُ كَالثَّانِي مِنْ وَجُوبِ
تَسْلِيمِ الْخِدْمَةِ.

[١١٩٢٨] (قَوْلُهُ: وَفِي تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ) أَي: يَجِبُ مَهْرُ الْمَثَلِ فِيمَا لَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنْ يُعَلِّمَهَا
الْقُرْآنَ أَوْ نَحْوَهُ مِنَ الطَّاعَاتِ؛ لِأَنَّ الْمُسَمَّى لَيْسَ بِمَالٍ، "بِدَائِع" ^(١)، أَي: لَعَدِمَ صَحَّةَ الْاسْتِحْجَارِ
عَلَيْهَا عِنْدَ أَثْمَتِنَا الثَّلَاثَةِ.

[١١٩٢٩] (قَوْلُهُ: وَبَاءُ: زَوَّجْتُكَ بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ ^(٢)) أَي: الْوَارِدِ فِي حَدِيثِ "سَعْدِ
السَّاعِدِيِّ" ^(٣) مِنْ قَوْلِهِ ﷺ [١/٨٦ق/٣]: «الْتِمَسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ»، فَالْتِمَسَ فَلَمْ يَجِدْ شَيْئًا،
فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «هَلْ مَعَكَ شَيْءٌ مِنَ الْقُرْآنِ؟» قَالَ: نَعَمْ، سُورَةُ كَذَا وَسُورَةُ كَذَا
لِسُورٍ سَمَّاهَا، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «قَدْ مَلَكَتُكُمَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ» ^(٤)،
وَيُرْوَى: «أَنْكَحْتُكُمَا»، و«زَوَّجْتُكُمَا»، "ح" ^(٥) عَنْ "الزَّيْلَعِيِّ" ^(٦).

[١١٩٣٠] (قَوْلُهُ: لِلْسَّبِيَّةِ أَوْ لِلتَّعْلِيلِ) أَي: بِسَبَبٍ أَوْ لِأَجْلِ أَنْكَ مِنْ أَهْلِ الْقُرْآنِ، فَلَيْسَتْ
الْبَاءُ مُتَعَيِّنَةً لِلْعَوَضِ.

(١) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يصح تسميته مهراً ٢٧٧/٢ بتصرف.

(٢) ((من القرآن)) ليست في "الأصل" و"ب" و"م".

(٣) في هامش "م": ((قوله: سعد الساعدي، في "صحيح البخاري: عن سهل بن سعد الساعدي، فسقط هنا لفظ

سهل ابن. اهـ مصححه)).

(٤) تقدّم تخريجهم في المَقُولَةُ [١١٨٨٠] قَوْلُهُ: ((وَرَوَايَةُ الْأَوَّلِ إِيَّاهُ)).

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٣/أ.

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٤٦/٢ بتصرف.

لكن في "النهر"^(١): ((ينبغي أن يصحَّ على قول المتأخِّرين)).....

[١١٩٣١] (قوله: لكن في "النهر"^(٢)) أصله لصاحب "البحر"^(٣) حيث قال: ((وسيأتي إن شاء الله تعالى في كتاب الإجازات أن الفتوى على جواز الاستحجار لتعليم القرآن والفقه، فينبغي أن يصحَّ تسميته مهراً؛ لأنَّ ما جاز أخذ الأجرة في مقابلته من المنافع جاز تسميته صداقاً كما قدَّمنا^(٤) نقله عن "البدائع"^(٥))، ولهذا ذكر في "فتح القدير"^(٦) هنا: أنه لمَّا جَوَزَ "الشافعي" أخذ الأجر على تعليم القرآن صحَّح تسميته مهراً، فكذا نقول: يلزم على المفتي به صحة تسميته صداقاً، ولم أر من تعرَّض له، والله الموفق للصواب)) اهـ.

واعترضه "المقدسني": ((بأنه لا ضرورة تلجئ إلى صحة تسميته، بل تسمية غيره تُغني بخلاف الحاجة إلى تعليم القرآن، فإنَّها تحقَّقت للتكاسل عن الخيرات في هذا الزَّمان)) اهـ.

وفيه: أنَّ المتأخِّرين أفقوا بجواز الاستحجار على التعليم للضرورة كما صرَّحوا به، ولهذا لم يحز على ما لا ضرورة فيه كال تلاوة ونحوها. ثمَّ الضرورة إنما هي علَّة لأصل جواز الاستحجار، ولا يلزم وجودها في كلِّ فردٍ من أفرادها، وحيث جاز على التعليم للضرورة صحَّت تسميته

(قوله: وفيه: أنَّ المتأخِّرين أفقوا بجواز الاستحجار على التعليم إلخ) يقال: إنَّ الضرورة لا تتعدى محلَّها بل تقتدر بقدرها وهي إنما اقتضت جواز الاستحجار، وأنَّ هذه المنفعة تُقابلُ المال في خصوص التعليم ولم يوجَد ما يقتضي صحة المقابلة في البُضْع لعدم الدَّاعي، والضرورة إنما تُعتبر بالنسبة لغالب الأفراد لا لغيره.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٣/أ.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨١/ب بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٨/٣ بتصرف يسير.

(٤) المقولة [١١٩٢٠] قوله: ((وفي خدمة زوج حر)).

(٥) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يصح تسميته مهراً ٢٧٧/٢.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٢٤/٣ بتصرف.

مهراً؛ لأنه منفعة^(١) تُقَابَلُ بِالمَالِ كسُكْنَى الدَّارِ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ أَحَدٌ وَجُودَ الضَّرُورَةِ فِي الْمَسْمَى؛ إِذْ يَلْزَمُ أَنْ يُقَالَ مِثْلُهُ فِي تَسْمِيَةِ السُّكْنَى مِثْلًا: إِنَّ تَسْمِيَةَ غَيْرِهَا تُغْنِي عَنْهَا، مَعَ أَنَّ الزَّوْجَةَ قَدْ تَكُونُ حَاجَةً إِلَى التَّعْلِيمِ دُونَ السُّكْنَى وَالْمَالِ، وَاعْتَرَضَ أَيْضًا فِي "الشَّرْنِبَلَاءِ"^(٢): ((بأنه لا يصح تسمية التَّعْلِيمِ؛ لأنه خدمة لها وليس من مُشْتَرَكِ مَصَالِحِهِمَا))، أَيْ: بِخِلَافِ رَعْيِ غَنَمِهَا وَزِرَاعَةِ أَرْضِهَا، فَإِنَّهُ وَإِنْ كَانَ خِدْمَةً لَهَا لَكِنَّهُ مِنَ الْمَصَالِحِ الْمَشْتَرَكَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا، وَأَجَابَ تَلْمِيزُهُ الشَّيْخُ "عَبْدُ الْحَي"^(٣): ((بأنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ تَسْلِيمِ كَوْنِ التَّعْلِيمِ [٣/٨٦ب] خِدْمَةً لَهَا، فَلَيْسَ كُلُّ خِدْمَةٍ لَا تَجُوزُ، وَإِنَّمَا يَمْتَنِعُ لَوْ كَانَتِ الْخِدْمَةُ لِلتَّرْذِيلِ))، قَالَ "ط"^(٤): ((وهو حسن؛ لأنَّ مُعَلِّمَ الْقُرْآنِ لَا يُعَدُّ خَادِمًا لِلْمُتَعَلِّمِ شَرْعًا وَلَا عُرْفًا)) اهـ.

قُلْتُ: وَيُؤَيِّدُهُ أَنَّهُمْ لَمْ يَجْعَلُوا الابْنَ أَبَاهُ لِرَعْيِ الْغَنَمِ وَالزَّرَاعَةِ خِدْمَةً، وَلَوْ كَانَ رَعْيُ الْغَنَمِ خِدْمَةً وَ^(٥) "رَذِيلَةً لَمْ يَفْعَلْهُ" نَبِيُّنَا وَ"مُوسَى" عَلَيْهِمَا الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، بَلْ هُوَ حِرْفَةٌ كَبَاقِي الْحِرَفِ الْغَيْرِ الْمُسْتَزِدَّةِ يَقْصَدُ بِهَا الْاِكْتِسَابُ، فَكَذَا التَّعْلِيمُ لَا يُسَمَّى خِدْمَةً بِالْأَوَّلَى.

(تنبيه)

قَالَ فِي "النَّهْرِ"^(٦): ((وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ تَعْلِيمُ كُلِّ الْقُرْآنِ، إِلَّا إِذَا قَامَتْ^(٨) قَرِينَةٌ عَلَى إِرَادَةِ

(قَوْلُهُ: بِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ تَسْلِيمِ كَوْنِ التَّعْلِيمِ خِدْمَةً لَهَا، فَلَيْسَ كُلُّ خِدْمَةٍ إِلْحَ) عِبَارَةً "ط": ((وَبِفَرْضِ تَسْلِيمِ كَوْنِهِ خِدْمَةً لَهَا فَلَيْسَ إِلْحَ)).

(١) فِي "ب" وَ"م": ((لَأَنَّ مَنْفَعَتَهُ)).

(٢) "الشَّرْنِبَلَاءِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٣٤٢/١ بِتَصْرِفِ (هَامِشِ "الدَّرَرِ وَالْغَرَرِ").

(٣) عَبْدُ الْحَيِّ: لَمْ نَهْتِدْ إِلَى تَرْجُمَتِهِ.

(٤) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٥١/٢ بِاخْتِصَارِ.

(٥) فِي "م": ((أَرَى)) بِدَلِّ الْوَاوِ.

(٦) ((لَمْ يَفْعَلْهُ)) سَاقِطٌ مِنْ "الأَصْلِ".

(٧) "النَّهْرِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٨١ب.

(٨) فِي "م": ((أَقَامَتْ)).

(ولها خدمته لو) كان الزوج (عبداً) مأذوناً في ذلك، أمّا الحرّ فخدمته لها حرام؛ لما فيه من الإهانة والإذلال، وكذا استخدماته، "نهر" عن "البدائع"^(١).....

البعض، والحفظ ليس من مفهومه كما لا يخفى)) اهـ، أي: فلا يلزمه تعليمه على وجه الحفظ عن ظهري قلبها.

[١١٩٣٢] (قوله: ولها خدمته) لأنّ الخدمة إذا كانت بإذن المولى صار كأنه يحلّم المولى حقيقة، "بحر"^(٢). فليس فيه قلب الموضوع. اهـ "ح"^(٣). ولأنّ استخدام زوجته إياه ليس بحرام؛ لأنّه عُرْضة للاستخدام والابتذال؛ لكونه مملوكاً ملحقاً بالبهائم، "بدائع"^(٤).

[١١٩٣٣] (قوله: مأذوناً في ذلك) أي: في التزوج على خدمته، فلو بلا إذن مولاه لم يصحّ العقد.

[١١٩٣٤] (قوله: أمّا الحرّ) أي: الزوج الحرّ.

[١١٩٣٥] (قوله: فخدمته لها حرام) أي: إذا خدمتها فيما يخصّها على الظاهر ولو من غير استخدام، يدلّ على^(٥) ذلك عطف الاستخدام عليه، "ط"^(٦).

[١١٩٣٦] (قوله: وكذا استخدماته) صرّح به في "البدائع"^(٧) أيضاً وقال: ((ولهذا لا يجوز للابن أن يستأجر أباه للخدمة))، قال في "البحر"^(٨): ((وحاصله أنّه يحرمّ عليها الاستخدام ويحرمّ عليه الخدمة)).

(١) ((عن "البدائع")) ساقط من "د".

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٩/٣ بتصرف.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب المهر في ١٦٣/١.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يصح تسميته مهراً ٢٧٩/٢.

(٥) في "٣": ((عليه)).

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥١/٢.

(٧) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يصح تسميته مهراً ٢٧٨/٢.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٩/٣.

(وَكُنَّا يَجِبُ) مهرُ المثل (فيما إذا لم يُسَمَّ مهرًا) (أَوْ نَقَى إِنْ وَطِئَ) الزَّوْجُ (أَوْ مَاتَ عَنْهَا^(١))

[١١٩٣٧] (قَوْلُهُ: فيما إذا لم يُسَمَّ مهرًا) أي: لم يُسَمَّ تسميةً صحيحةً أو سَكَتَ عنه، "نهر"^(٢). فدخلَ فيه ما لو سَمَّى غيرَ مالٍ كخمرٍ ونحوه، أو مجهولِ الجنسِ كدابةٍ وثوبٍ، قال في "البحر"^(٣): ((ومن صور ذلك: ما إذا تزَوَّجَهَا على أَلْفٍ على أنْ تُرَدَّ إليه أَلْفًا، أو تزَوَّجَهَا على عبيدها، أو قالت: زَوَّجْتُكَ نفسي بخمسين دينارًا وأبرأتك منها فقيل، أو تزَوَّجَهَا على حكمها أو حكمه أو حكم رجلٍ آخر، أو على ما في بطنٍ جاريتِهِ أو أغنامِهِ، أو على أنْ يَهَبَ لأبيها أَلْفَ درهمٍ، أو على تأخيرِ الدِّينِ عنها سنةً - والتأخيرُ باطلٌ - أو على إبراءِ فلانٍ من الدِّينِ، أو على عِتْقِ أخيها أو طلاقِ [١/٨٧ق/٣] ضَرَّتْهَا. وليس منه: ما لو تزَوَّجَهَا على عبدٍ غيرِ لوجوبِ قيمته إذا لم يُجَزَّ مالُكُهُ، أو على حَجَّةٍ لوجوبِ قيمة حَجَّةٍ وسطٍ لا مهرٍ المثل - والوسطُ بركوبِ الرَّاحِلَةِ - أو على عِتْقِ أخيها عنها لثبوتِ المِلْكِ لها في الأخِ اقتضاءً، أو تزَوَّجَتْهُ بمثلِ مهرِ أمِّها وهو لا يَعْلَمُهُ، لأنَّه جائزٌ بمقداره، وله الخيارُ إذا عَلِمَ)) اهـ ملخصاً باختصار.

[١١٩٣٨] (قَوْلُهُ: أَوْ نَقَى) بأنْ تزَوَّجَهَا على أنْ لا مهرَ لها، "ط"^(٤).

[١١٩٣٩] (قَوْلُهُ: إِنْ وَطِئَ الزَّوْجُ) أي: ولو حكمًا، "نهر"^(٥)، أي: بالخلوة الصَّحيحة، فإنَّها كالوطءِ في تأكيدِ المهرِ كما سيأتي^(٦).

[١١٩٤٠] (قَوْلُهُ: أَوْ مَاتَ عَنْهَا)^(٧) قال في "البحر"^(٨): ((لو قال: أَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا لكان أولى؛

(١) عبارة "و": ((أَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا)).

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٨/١.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٦/٣-١٥٧، وقد نقل هذه المسائل عن مصادر عدة.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥١/٢.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٨/١.

(٦) "در" ص ٤٠٣.

(٧) من (أي: بالخلوة) إلى قوله: ((أَوْ مَاتَ عَنْهَا)) ساقط من "الأصل".

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٧/٣ وغيارته: ((ولو قال في "المختصر": أَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا)) وقصد بالمختصر "الكثر".

إذا لم يتراضيا على شيءٍ يصلحُ مهرًا (ولاً فذلك) الشئ (هو الواجب).....

لأنَّ موتها كموتِه كما في "التبيين" ^(١) اهـ.

واعلم أنه إذا ماتا جميعاً: فعنده لا يُقضى بشيءٍ، وعندهما يُقضى بمهر المثل، قال "السرخسي" ^(٢): ((هذا إذا تقادمَ العهدُ بحيثُ يتعذرُ على القاضي الوقوفُ على مهر المثل، أمّا إذا لم يتقادمَ يُقضى بمهر المثل عنده أيضاً))، "حموي" عن "البرجندي"، "أبو السعود" ^(٣).

(تنبيه)

استفتى الشيخُ "صالح" ^(٤) بن "المصنف" من "الخير الرملي": ((عمّا لو طَلَبَتِ المرأةُ مهرَ مثلها قبلَ الوطءِ أو الموتِ هل لها ذلك أم لا؟ - فأجابها بما في "الزيلعي" ^(٥) -: من أن مهر المثل يجبُ بالعقد، ولهذا كان لها أن تُطالبَ به قبل الدخول، فيتأكدُ ويتقررُ موتُ أحدهما أو بالدخولِ على ما مرَّ في المهر المسمى في العقد)) اهـ.

وبه صرَّحَ "الكمال" ^(٦) و"ابنُ ملكٍ" وغيرُهما، وقد بسَطَ ذلك في "الخيرية" ^(٧)، فراجعها. [١١٩٤١] (قوله: إذا لم يتراضيا) أي: بعد العقد.

[١١٩٤٢] (قوله: وإلاً) بأن تراضيا على شيءٍ فهو الواجبُ بالوطءِ أو الموتِ، أمّا لو طَلَقَها قبلَ الدخولِ فتجبُ المنعةُ كما يأتي ^(٨) في قوله: ((وما فُرِضَ بعدَ العقدِ أو زيدَ لا يتنصّفُ)).

(١) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٣٩/٢.

(٢) "المبسوط": كتاب النكاح - باب المهور ٦٧/٥ بتصرف.

(٣) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب المهر ٤٩/٢ بتصرف.

(٤) صالح بن محمد بن عبد الله التمرتاشي الغزي (ت ١٠٥٥هـ)، ("خلاصة الأثر" ٢٣٩/٢، "الأعلام" ١٩٥/٣).

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٣٩/٢.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٣/٣ و ٢٢١ بتصرف.

(٧) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح - باب المهر ٣٣١/١-٣٤.

(٨) "در" ص ٣٨١ وما بعدها.

أَوْ سَمِيَ خَمْرًا أَوْ خَنْزِيرًا^(١)، أَوْ هَذَا الْخَلِّ وَهُوَ خَمْرٌ، أَوْ هَذَا الْعَبْدَ وَهُوَ حُرٌّ لَتَعْذِرَ التَّسْلِيمَ

[١١٩٤٣] (قوله: أَوْ سَمِيَ خَمْرًا أَوْ خَنْزِيرًا) أي: سَمِيَ الْمُسْلِمُ؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِيهِ، أَمَّا غَيْرُ الْمُسْلِمِ فَسَيَاتِي^(٢) فِي بَابِهِ، وَكَذَا الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ بِالْأُولَى؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ أَصْلًا. وَشَمِلَ مَا لَوْ كَانَتِ الزَّوْجَةُ ذِمِّيَّةً؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إِيْجَابُ الْخَمْرِ عَلَى الْمُسْلِمِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَالٍ فِي حَقِّهِ، وَخَرَجَ مَا لَوْ سَمِيَ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ وَرَطَلَ خَمْرٌ، فَلَهَا الْمُسَمَّى، وَلَا يُكْمَلُ مَهْرُ الْمَثَلِ، "بِحَرْ" ^(٣) مُلْخَصًا.

[١١٩٤٤] (قوله: أَوْ هَذَا الْخَلِّ وَهُوَ خَمْرٌ إلخ) أي: يَجِبُ مَهْرُ الْمَثَلِ إِذَا سَمِيَ حَلَالًا وَأُشَارَ

(قولُ "المُصَنَّف": أَوْ هَذَا الْخَلِّ وَهُوَ خَمْرٌ إلخ) الْأَصْلُ عِنْدَ الْاِخْتِلَافِ فِي الْمُسَمَّى وَالْمُشَارِ إِلَيْهِ أَنَّهُمَا إِنْ كَانَا مِنْ جَنْسٍ وَاحِدٍ فَلَتُعْتَرِ الْمُشَارُ إِلَيْهِ وَالْأُفْلَسَمَى، وَهَذَا الْأَصْلُ لَا خِلَافَ فِيهِ إِنَّمَا الْخِلَافُ فِي التَّخْرِيجِ؛ فَ"الْإِمَامُ" يَقُولُ: الْحُرُّ مَعَ الْعَبْدِ جَنْسٌ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْأَدَمِيِّ الْحُرِّيَّةَ، وَعَارِضُ الرِّقِّ لَا يُؤَثِّرُ فِي تَبْدِيلِ الْجَنْسِ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَصِيرُ حُرًّا وَالْحُرَّ يَصِيرُ عَبْدًا، بَأَنَ أُسِرَ الْحُرِّيُّ مِنْ غَيْرِ تَبْدِيلِ الْعَيْنِ وَكَذَا الْخَلِّ وَالْخَمْرِ، لِاتِّحَادِ الصُّورَةِ وَالْمَعْنَى فِيهِمَا، فَالْعَبْرَةُ لِلْمُشَارِ إِلَيْهِ وَهُوَ لَا يَصْلُحُ مَهْرًا فَوَجَبَ مَهْرُ الْمَثَلِ، وَ"أَبُو يُوسُفَ" يَقُولُ: جَنْسَانِ؛ لِاِخْتِلَافِهِمَا حُكْمًا، فَالْعَبْرَةُ لِلْمُسَمَّى فَعَلِيهِ فِي الْحُرِّ قِيَمَتُهُ لَوْ كَانَ عَبْدًا، وَفِي الْخَمْرِ مِثْلُهُ خَلًّا، وَ"مُحَمَّدٌ" مَعَ "الْإِمَامِ" فِي الْحُرِّ، وَمَعَ "أَبِي يُوسُفَ" فِي الْخَمْرِ، وَإِنَّمَا لَمْ يُوجِبِ الشَّانِي الْقِيَمَةَ أَوْ عَبْدًا وَسَطًا؛ لِاعْتِبَارِ الْإِشَارَةِ مِنْ وَجْهِ أَهـ. "زَيْلَعِي" وَغَيْرِهِ، وَفِي "شَرْحِ الْيَعْلِي" مِنْ أَحْكَامِ الْإِشَارَةِ: ((الْجَنْسُ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ: الْأَمْرُ الْعَامُّ سِوَاءَ كَانَ جَنْسًا عِنْدَ الْفَلَّاسِفَةِ، أَوْ نَوْعًا، وَقَدْ يُطْلَقُ عَلَى الْخَاصِّ كَالرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ))، وَفِي "النَّهْرِ": ((الْجَنْسُ عِنْدَ "أَبِي حَنِيفَةَ" هُوَ: الْكُلِّيُّ الْمَقُولُ عَلَى كَثِيرِينَ مُتَّحِدِي الصُّورَةِ وَالْمَعْنَى، وَعِنْدَ "أَبِي يُوسُفَ": الْمَقُولُ عَلَى كَثِيرِينَ مُخْتَلِفِينَ بِالْأَحْكَامِ، وَعِنْدَ "مُحَمَّدٍ": مُخْتَلِفِينَ بِالْمَقَاصِدِ، انْتَهَى)) أَهـ.

(١) فِي "ذ" زِيَادَةٌ: ((قوله: أَوْ سَمِيَ خَمْرًا أَوْ خَنْزِيرًا، قَالَ فِي "النَّهْرِ": لَمْ يَقْبَلْهُ بِإِسْلَامِ الزَّوْجِ مَعَ أَنَّ فُسَادَ التَّسْمِيَةِ مُشْرُوطٌ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمُسَمَّى لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٌ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ، حَتَّى لَوْ تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ ذِمِّيَّةً عَلَى رَطْلٍ مِنْ خَمْرٍ وَجَبَ مَهْرُ الْمَثَلِ؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي نِكَاحِهِ، وَسَيَاتِي بَيَانُ غَيْرِهِ)). ق ١٦١/أ.

(٢) "دَرْ" ص ٥٣١.

(٣) "الْبَحْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٧٢/٣.

إلى حرامٍ عند "أبي حنيفة"، فلو بالعكس كهذا الحرّ فإذا هو عبدٌ لها العبد [٣/٨٧ق/ب] المشار إليه في الأصحّ، وأشار إلى وجوب مهر المثل بالأولى لو كانا حرامين، ولو كانا حلالين وقد اختلفا جنساً - كما إذا قال: على هذا الدّنّ من الخلّ فإذا هو زيت، أو على هذا العبد فإذا هو جارية - كان لها مثل الدّنّ خلاً، وعبدٌ بقيمة الجارية كما في "الدّخيرة"، إلّا أنّ الذي في "الخانية" ^(١): ((أنّ لها مثل ذلك المسمّى))، ومقتضاه وجوبُ عبدٍ وسطٍ أو قيمته، ولا يُنظرُ إلى قيمة الجارية، "بحر" ^(٢) و"نهر" ^(٣) ملخصاً.

قال في "البحر" ^(٤): ((فصار الحاصل أنّ القسمة رابعة؛ لأنّهما: إمّا أن يكونا حرامين أو حلالين أو مختلفين، فيجب مهرُ المثل فيما إذا كانا حرامين أو المشار إليه حراماً، وتصحّ التسميةُ

بقي ما لو سُمّي شيئاً أو أشار إلى معدومٍ، كما لو قال: تزوّجتُ بما في هذا الكيس، وهو ألفُ درهمٍ، فوجدته فارغاً فلها المسمّى كما يُعلمُ ممّا ذكره "فاضيخان" في "شرح الزّبادات" من الوكالة، وعبارته: ((رجلٌ قال لغيره: اشتر لي جاريةً بما في هذا الكيس وهو ألفُ درهمٍ، أو قال: اشتر لي جاريةً بألفِ درهمٍ الّتي في هذا الكيس ودفعَ إليه الكيسَ فاشترّاها بألفِ درهمٍ فنظرَ فيه فإذا فيه ألفُ دينار، أو ألفُ فلس، أو تسعمائةُ درهمٍ، أو وجدته فارغاً فالشراءُ على الأمير؛ لأنّه سُمّي الدّراهمَ وأشار إلى الدنانير أو الفلوس وهما جنسان، فيتعلّقُ العقدُ بالمسمّى، وأمّا إذا وجدته فارغاً فكذلك؛ لأنّه أشار إلى المعلوم، وأمرُ المعلوم في منع تعلّقِ العقد به فوق اختلاف الجنس، وكذا لو كان فيه تسعمائة؛ لأنّ قدرَ المائة معدومٌ.

(قوله: ومقتضاهُ وجوبُ عبدٍ وسطٍ أو قيمته إلخ) يُمكن إرجاعُ ما في "الخانية" لِمَا في "الدّخيرة": بأن يُراد بمثل ذلك ما لو حُظّ فيه أيضاً قيمة الجارية؛ لأنّ الإشارة مُعتبرةٌ من وجوب.

(١) "الخانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر ٣٨١/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البحر" - كتاب النكاح - باب المهر ١٧٩/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٣ق/ب ١٨٤/أ.

(٤) "البحر" - كتاب النكاح - باب المهر ١٧٩/٣ بتصرف.

(أو دابةً) أو ثوباً أو داراً و (لم يُبين جنسها) لفَحْشِ الجِهالةِ.

(و) تجبُ (مُتعةٌ لمفوضةٌ) وهي مَنْ زُوِّجَتْ بلا مهرٍ.....

في الباقين))، قال^(١): ((وأشار "المصنّف" بوجوب مهر المثل عيّناً إلى أنّ المُشارَ إليه لو كان حُرّاً حريّاً، فاسترقّ وملكهُ الزَّوْجُ لا يُلزِمُهُ تسليمُهُ، وفي "الأسرار": أنّه مُتَّفَقٌ عليه، وكذا الخمر لو تَخَلَّلَتْ لم يَجِبُ تسليمُها)).

[١١٩٤٥] (قوله: أو دابةً أو ثوباً) لأنّ الثيابَ أجناسَ كالحيوانِ والدَّابةِ، فليس البعضُ أولى من البعضِ بالإرادة، فصارت الجِهالةُ فاحشةً، "بحر"^(٢). ثمّ ذَكَرَ تعريفَ الجنس عند الفقهاء، وسيأتي^(٣) الكلامُ عليه عند قول "المصنّف": ((ولو زَوَّجَهَا على فرسٍ فالواجبُ الوسطُ أو قيمتهُ)).

مطلب: أحكامُ المتعة

[١١٩٤٦] (قوله: وتجبُ مُتعةٌ لمفوضةٌ) بكسر الواو: مَنْ قَوَّضَتْ أمرها لوليّها وزَوَّجَهَا بلا مهرٍ، وافتحها: مَنْ قَوَّضَهَا وليّها إلى الزَّوْجِ بلا مهرٍ. واعلم أنّ الطَّلَاقَ الذي تجبُ فيه المتعةُ ما يكونُ قبل الدُّخُولِ في نكاحٍ لا تسميةَ فيه، سواءَ فُرِضَ بعده أو لا أو كانت التسميةُ فيه فاسدةً كما في "البدائع"^(٤)، قال في "البحر"^(٥): ((وإنما تجبُ فيما لم تصحَّ فيه التسميةُ من كلّ وجهٍ، فلو صحَّتْ من وجهٍ دون وجهٍ لا تجبُ المتعةُ وإنَّ وجَبَ مهرُ المثل بالدُّخُولِ، كما إذا زَوَّجَهَا على ألفِ درهمٍ وكرامتها، أو على ألفٍ وأنَّ يُهدي لها هديّةً، فإذا طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ كان لها نصفُ الألفِ لا المتعةُ، مع أنّه لو دَخَلَ بها وجَبَ مهرُ المثل لا يَنْقُصُ عن الألفِ كما في "غاية البيان"؛ لأنَّ المسمّى لم يَفْسُدْ من كلّ وجهٍ؛ لأنّه على تقديرِ كرامتها والإهداءِ يجبُ الألفُ لا مهرُ المثل)) اهـ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٠/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٦/٣.

(٣) "در" ٤٢٩ - وما بعدها.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح - فصل وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٣٠٢/٢.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٧/٣ بتصرف.

.....(طَلَّقَتْ قَبْلَ الْوَطْءِ.....

وقدّمنا^(١) عن "البدائع" في [١/٨٨ق/٣] تعليل ذلك: ((أنه لا مدخل لمهر المثل في الطلاق قبل الدخول)).

(١١٩٤٧) (قوله: طَلَّقَتْ قَبْلَ الْوَطْءِ أي: والخلو، "بحر"^(٢)). وقد مر^(٣) أنها وطءٌ حكماً، والمراد بالطلاق: فُرْقَةٌ جَاءَتْ مِنْ قَبْلِ الزَّوْجِ وَلَمْ يُشَارِكْهُ صَاحِبُ الْمَهْرِ فِي سَبَبِهَا طَلَاقًا كَانَتْ أَوْ فُسْحًا كَالطَّلَاقِ، وَالْفُرْقَةُ بِالْإِيْلَاءِ، وَاللَّعَانِ، وَالْجَبِّ، وَالْعَنَةِ، وَالرَّدِّ، وَإِبَائِهِ الْإِسْلَامَ، وَتَقْبِيلِهِ ابْنَتَهَا أَوْ أُمَّهَا بِشَهْوَةٍ، فَلَوْ جَاءَتْ مِنْ قَبْلِهَا كَرَدِّهَا، وَإِبَائِهَا الْإِسْلَامَ، وَتَقْبِيلِهَا ابْنَهُ بِشَهْوَةٍ، وَالرَّضَاعِ، وَخِيَارِ الْبُلُوغِ وَالْعَتَقِ، وَعَدِمِ الْكَفَاءَةِ فَإِنَّهُ لَا مُتْعَةَ لَهَا لَا^(٤) وَجُوبًا وَلَا اسْتِحْبَابًا كَمَا فِي "الفتح"^(٥)، كَمَا لَا يَجِبُ نِصْفُ الْمُسَمَّى لَوْ كَانَ. وَخَرَجَ مَا لَوْ اشْتَرَى هُوَ أَوْ وَكَيْلُهُ مِنْكَوَحَتَهُ مِنَ الْمَوْلَى، فَإِنَّ مَالِكَ الْمَهْرِ يُشَارِكُ الزَّوْجَ فِي السَّبَبِ وَهُوَ الْمِلْكُ؛ فَلِذَا لَا يَجِبُ الْمُتْعَةُ وَلَا نِصْفُ الْمُسَمَّى، بِخِلَافِ مَا لَوْ بَاعَهَا الْمَوْلَى مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ اشْتَرَاهَا الزَّوْجُ مِنْهُ فَإِنَّهَا وَاجِبَةٌ كَمَا فِي "التبيين"^(٦)، "بحر"^(٧).

(قوله: وَالْفُرْقَةُ بِالْإِيْلَاءِ، وَاللَّعَانِ إلخ) فيه: أَنَّ اللَّعَانَ مِنْهُمَا؛ فَالْفُرْقَةُ بِسَبَبِ مِنْهُمَا إِلَّا أَنَّهُ لَمَّا كَانَتْ مُضْطَرَّةً لَهُ لِدَفْعِ الْعَارِ عَنْ نَفْسِهَا جُعِلَ السَّبَبُ مِنْهُ، وَلَمْ يُنْظَرْ لَهَا؛ لِاضْطِرَّارِهَا عَلَى مَا سَيَجِيءُ فِي طَلَاقِ الْمَرِيضِ.

(١) المقولة [١١٨٩٩] قوله: ((ويجب نصفه)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٧/٣.

(٣) المقولة [١١٩٣٩] قوله: ((إن وطئ الزوج)).

(٤) ((لا)) ساقطة من "الأصل".

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٣/٣.

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٤١/٢.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٨/٣، بتصرف، معزياً إلى "الفتح" و"التبيين".

وهي دِرْعٌ وخِمَارٌ ومِلْحَفَةٌ.....

[١١٩٤٨] (قوله: وهي دِرْعٌ إلخ) الدَّرْعُ بكسر الميم: ما تلبسه المرأة فوق القميص كما في "المغرب"^(١)، ولم يذكره في "الذخيرة"، وإنما ذكر القميص، وهو الظاهر، "بحر"^(٢). وأقول: دِرْعُ المرأة قميصها، والجمع أدرع، وعليه جرى "العيني"، وعزاه في "البنية"^(٣) لـ "ابن الأثير"^(٤)، فكونه في "الذخيرة" لم يذكره مبني على تفسير "المغرب"، والخمار: ما تغطي به المرأة رأسها، والمِلْحَفَةُ بكسر الميم: ما تتحجف به المرأة من قُرْنِها إلى قَدَمِها، قال "فخر الإسلام": ((هذا في ديارهم، أمّا في ديارنا فيزاد على هذا إزارٌ ومُكَعَّبٌ))، كذا في "الدراية". ولا يخفى إغناء المِلْحَفَةِ عن الإزار؛ إذ هي بهذا التفسير إزارٌ، إلّا أن يُتعارَفَ بتغيرهما كما في مَكَّةَ المشرفة، ولو دَفَعَ قيمتها أُجِرت على القبول كما في "البدائع"^(٥)، "نهر"^(٦). وما ذُكِرَ من الأثواب الثلاثة أدنى المُتَعَةِ، "شربلالية"^(٧) عن "الكمال"^(٨). وفي "البدائع"^(٩): ((وأدنى ما تكتسي به المرأة وتُسْتَرُ به عند الخروج ثلاثة أثواب)) اهـ.

قلت: ومقتضى هذا مع ما مرّ^(١٠) عن "فخر الإسلام": ((من أن هذا في ديارهم إلخ)) أن يُعْتَبَرُ عُرْفُ كُلِّ بَلَدٍ لأهلها فيما تكتسي به المرأة عند الخروج، تأمل. ثم رأيت بعض المحشّين

(١) "المغرب": مادة ((درع)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٨/٣.

(٣) "البنية": كتاب النكاح - باب المهر ٦٦٣/٤.

(٤) "النهاية في غريب الحديث والأثر": ١١٤/٢ مادة ((درع)).

(٥) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٣٠٤/٢.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٨/ب.

(٧) "الشربلالية": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٢/١.

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٢/٣، معزياً إلى "المبسوط".

(٩) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٣٠٤/٢.

(١٠) في المقالة نفسها.

لا تَزِيدُ عَلَى نَصْفِهِ) أَي: نَصْفَ مَهْرِ الْمَثَلِ لَوْ الزَّوْجُ غَنِيًّا (وَلَا تَنْقُصُ عَنْ خُمْسَةِ دِرَاهِمٍ) لَوْ فَقِيرًا (وَتُعْتَبَرُ الْمُتْعَةُ بِمَجَالِهَا) كَالنَّفَقَةِ، بِهِ يُفْتَى.
(وَتُسْتَحَبُّ الْمُتْعَةُ لِمَنْ سِوَاهَا).....

قال: ((وفي "البرجندي": قالوا: [٣/٨٨٨ب] هذا في ديارهم، أمّا في ديارنا فينبغي أن يجب أكثر من ذلك؛ لأنّ النساء في ديارنا تلبس أكثر من ثلاثة أثواب، فيزاد على ذلك إزار ومكعب)) اهـ.
وفي "القاموس"^(١): ((المكعب: الموشى من البرود والأثواب)) اهـ، أي: المنقوش.
[١١٩٤٩] (قوله: لا تَزِيدُ عَلَى نَصْفِهِ إلخ) في "الفتح"^(٢) عن "الأصل" و"المبسوط"^(٣): ((المتعة لا تَزِيدُ عَلَى نَصْفِ مَهْرِ الْمَثَلِ؛ لَأَنَّهَا حَقُّهُ، فَإِنْ كَانَا سَوَاءً فَالْوَجِبُ الْمُتْعَةُ؛ لِأَنَّهَا الْفَرِيضَةُ بِالْكِتَابِ الْعَزِيزِ، وَإِنْ كَانَ النِّصْفُ أَقَلَّ مِنْهَا فَالْوَجِبُ الْأَقَلُّ، إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ عَنْ خُمْسَةٍ فَيُكْمَلُ لَهَا الْخُمْسَةُ)) اهـ.
وقول "الشارح" أولاً: ((لَوْ الزَّوْجُ غَنِيًّا)) وثانياً: ((لَوْ فَقِيرًا)) لم يظهر لي وجهه، بل الظاهر أنّه مبني على القول باعتبار حال الزوج في المتعة، وهو خلاف ما بعده، فليتأمل.
[١١٩٥٠] (قوله: وتعتبر المتعة بمجالها) أي: فإن كانا غنيين فلها الأعلى من الثياب، أو فقيرين فالأدنى، أو مختلفين فالوسط، وما ذكره قول "الخصاف"، وفي "الفتح"^(٤): ((أنّه الأشبه بالفقه))، و"الكرخي"^(٥) اعتبر حالها، واختاره "القدوري"^(٥)، والإمام "السرخسي"^(٦) اعتبر حاله، وصحّحه في "الهداية"^(٧)، قال في "البحر"^(٨): ((فقد اختلف الترجيح، والأرجح قول "الخصاف"؛

(١) "القاموس": مادة (كعب).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٣/٣.

(٣) "المبسوط": كتاب النكاح - باب المهر ٨٢/٥ بتصرف.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٣/٣.

(٥) انظر "اللباب في شرح الكتاب": كتاب النكاح ١٥/٣.

(٦) "المبسوط": كتاب الطلاق - باب المتعة والمهر ٦٣/٦.

(٧) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٥/١.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٨/٣ بتصرف يسير.

أي: المفوضة.....

لأنَّ "الولولجي" صحَّحَهُ، وقال^(١): وعليه الفتوى، كما أفتوا به في النفقة، وظاهر كلامهم أنَّ ملاحظة الأمرين - أي: أنها لا تزاد على نصف مهر المثل، ولا تنقص عن خمسة دراهم - مُعتبرة على جميع الأقوال كما هو صريح "الأصل" و"المبسوط" اهـ.

وذكرَ في "الذخيرة" اعتبارَ كونِ المتعة وسطاً لا بغاية الجودة ولا بغاية الرداءة، واعتزضَهُ في "الفتح"^(٢): ((بأنه لا يوافق رأياً من الثلاثة))، وأجاب في "البحر"^(٣): ((بأنه موافقٌ للكل، فعلى القول باعتبار حالها لو فقيرة لها كِرْبَاسٌ وسط، ولو متوسطة فقرٌ وسط، ولو مرتفعة فأبريسمٌ وسط، وكذا يقال على القول باعتبار حاله، وكذا على قول من اعتبر حالهما، لو فقيرين فلها كِرْبَاسٌ وسط، أو غنَّين فأبريسمٌ وسط، أو مختلفين فقرٌ وسط)) اهـ.

وفي "النهر"^(٤): ((أنَّ حملَ ما في "الذخيرة" على هذا ممكن، واعتراض "الفتح" عليه وارد من حيث الإطلاق، فإنه يفيد أنه يجب من القرَّ أبداً)).

[١١٩٥١] (قوله: أي: المفوضة) تفسيرٌ للضميرِ الجورور في ((سواها))، وإنما أخرجها؛ لأنَّ مُتَعَتَهَا واجبةٌ كما علمت. [١/٨٩ق/٣]

(قوله: وفي "النهر" أنَّ حملَ ما في "الذخيرة" إلخ) عبارته: ((وعندي أنه ليس سهواً - أي: ما قاله في "الفتح" كما زعمه في "البحر" - بل هو السأهي؛ إذ ظاهر إطلاق "الذخيرة" يفيد أن تجب من القرَّ أبداً؛ لأنه الوسط المطلق، وهو لا يوافق رأياً من الثلاثة، ولا نسلم أنَّ إيجابَ الوسط من القرَّ أو الكِرْبَاسِ إيجابٌ وسطٍ مطلق، بل إيجابٌ وسطٍ من الأعلى أو الأدنى، فظاهر أنَّ المطلق خلافُ المُقَيَّد، نعم صرفُ الكلام عن ظاهره بحمل ما في "الذخيرة" على ما ادَّعاه في "البحر" ممكن، واعتراضه في "الفتح" ليس إلّا على الإطلاق.

(١) "الولولجية": كتاب النكاح - الفصل الثاني في التوكيل بالنكاح ٤٩/ب.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٣/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٨/٣-١٥٩ بتصرف.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٨ق/ب بتصرف.

(إِلَّا مَنْ سُمِّيَ لَهَا مَهْرٌ وَطُلِّقَتْ قَبْلَ وَطْءٍ) فَلَا تُسْتَحَبُّ لَهَا،.....

[١١٩٥٢] (قوله: إِلَّا مَنْ سُمِّيَ لَهَا مَهْرٌ إلخ) هذا على ما في بعض نسخ "القدوري"^(١)،

(قوله: هذا على ما في بعض نسخ "القدوري" إلخ) وذلك أَنَّ المذكورَ في "مختصر القدوري" على ما نقله في "شرح النقاية" د "مثلاً عليّ القاري": ((المتعة مستحبة لكل مطلقاً إلا لمطلقاً واحدة وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سُمِّيَ لها مهراً))، وفي بعض النسخ: ((وَلَمْ يُسَمَّ لها مهراً))، قال في "الشَّارح" - أي: في الشرح المذكور -: وَمِنْ حَكَمٍ باستحبابها، كصاحب "المبسوط" و"المحيط" و"المختلف"، أرادوا به أَنَّهُ إِحْسَانٌ إِلَى مَنْ عَجَزَتْ عَنِ التَّكْسِبِ، وَذَا أَمْرٌ مُنْدُوبٌ)) اهـ. وفي "القَهْستاني": ((ذكر "الكِرْمَانِي" وغيره: أَنَّهُ لَا تُسْتَحَبُّ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ)) اهـ. فما مشى عليه "المُصَنِّفُ" موافق لما ذكره "الكِرْمَانِي" وغيره، وعلى ما ذكره "مثلاً علي" يَتِمُّ التَّوْفِيقُ بَيْنَ رَوَايَتِي الاستحبابِ وَعَدِيمِهِ بِأَنَّهُ يُقَالُ: مَنْ نَفَى الاستحبابَ أَرَادَ أَنَّ الشَّارَعَ لَمْ يَسْتَحِبَّ بِمَخْصُوصِهِ، وَمَنْ أَثَبَّتَهُ أَرَادَ أَنَّهُ دَاخِلٌ فِي الإِحْسَانِ لِلْعَاجِزِ عَنِ الكَسْبِ الْمُنْدُوبِ إِلَيْهِ شَرْعاً.

(١) نقول: الذي في نسخة القدوري التي بين أيدينا: ((وَلَمْ يُسَمَّ لها مهراً))، قال الشيخ عبد الغني الغنيمي في "اللباب شرح الكتاب": ((وفي بعض النسخ: وقد سُمِّيَ لها مهراً، قال في "التصحيح": هكذا وجد في كثير من النسخ ويتكفّف في الجواب عنه، وقال "نجم الأئمة": المكتوب في النسخ: وَلَمْ يُسَمَّ لها مهراً. قال في "الدراية": ضبطه كذلك غير واحد، وقد صححه ركن الأئمة "الصباغي" في شرحه لهذا الكتاب، وكتب فوقه ونحته وقَدَّأه: ((صح)) ثلاث مرات، وأشار إلى أَنَّ هَذَا مِنَ النَّاسِخِ. وقال في "الينابيع" المذكور في الكتاب [أي نسخة: ((وقد سُمِّيَ لها مهراً))] غلطٌ مِنَ النَّاسِخِ. وقد زعم صحّة هذه النسخة شيخ الإسلام ركن الأئمة "الدلمغاني" ونجم الأئمة "الحفصي"، فكتب إليهما "أبو الرجاء": ((إنَّ هَذِهِ خِلَافُ الْمَذْكُورَةِ فِي التَّفْسِيرِ وَالْأَصُولِ وَالشُّرُوحِ؛ فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي "الكشاف" وتفسير "الحاكم" وغيرهما أَنَّ الْمُتْعَةَ مُسْتَحِبَّةٌ لِلَّتِي طَلَّقَهَا قَبْلَ الدَّخُولِ وَقَدْ سُمِّيَ لها مَهْرًا، وَذَكَرَ فِي "الأصل" و"الإسباجي" في موضعين "زاد الفقهاء" وغيرها أَنَّهُ لَا يُسْتَحَبُّ لها الْمُتْعَةُ، فَلَا يَصِحُّ اسْتِنَاؤُهَا مِنَ الاستحبابِ بِخِلَافِ الْمُفُوضَةِ؛ فَإِنَّهَا مُسْتَنَادَةٌ مِنَ الاستحبابِ بِالْوُجُوبِ)). فاستصوبوا ذلك، واتفقوا على أَنَّ الْمُسْتَنَادَةَ هِيَ الَّتِي طَلَّقَهَا قَبْلَ الدَّخُولِ، وَلَمْ يُسَمَّ لها مَهْرًا اهـ. انظر "اللباب في شرح الكتاب": كتاب النكاح ١٧/٣-١٨.

نقول: وهذا موافق لما ذكره العلامة ابن عابدين رحمه الله فَإِنَّهُ قَدْ رَجَّحَ أَنَّ الْمُفُوضَةَ الَّتِي طَلَّقَتْ قَبْلَ الْوُطْءِ - وَلَمْ يُسَمَّ لها مَهْرًا - لها المتعة بطريق الوجوب وما عداها بطريق الاستحباب والله تعالى أعلم.

(٢) في "د" زيادة: ((حكمًا للطلاق، ولو كانت مستحبة كانت لمعنى آخر كما في قوله: ((لا يكره في طريق المصلّى في عيد الفطر عند "أبي حنيفة" أي: حكمًا للعيد، ولو كثر جاز واستحب)). فليس المرادُ بنفي الاستحبابِ عدمُ الثواب؛ بل هذا ليس حكمًا من أحكام الطلاق)). ق ١٦١/ب.

بل للموطوعة سُمِّي لها مهرٌ أو لا،.....

ومشى عليه صاحب "الدرر"^(١)، لكن مشى في "الكنز"^(٢) و"الملتقى"^(٣) على أنها تُستحبُّ لها، ومثله في "المبسوط"^(٤) و"المحيط"، وهو رواية "التأويلات" وصاحب "التيسير" و"الكشاف"^(٥) و"المختلف"^(٦) كما في "البحر"^(٧).

قلت: وصرَّح به أيضاً في "البدائع"^(٨)، وعزاه في "المعراج" إلى "زاد الفقهاء" و"جامع الإسيحاجي"، وعن هذا قال في "شرح الملتقى": ((إنَّه المشهور^(٩)))، وقال "الخَيْرُ الرَّمْلِيُّ": ((إنَّ ما في بعض نسخ "القدوري" لا يُصادمُ ما في "المبسوط" و"المحيط")).

قلت: فكيف مع ما دُكرَ في هذه الكتب، وعليه فكان ينبغي لـ "المصنّف" إسقاطُ هذا الاستثناء، وفي "البحر"^(١٠): ((وقدَّمنا أنَّ الفرقَةَ إذا كانتْ من قبيلها قبل الدُّخول لا تُستحبُّ لها التُّعَةِ أيضاً؛ لأنها الجانية)).

[١١٩٥٣] (قوله: بل للموطوعة إلخ) أي: بل تُستحبُّ لها، قال في "البدائع"^(١١): ((وكلُّ فرقَةٍ

(١) "الدرر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٣/١.

(٢) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٣/١.

(٣) نقول: الذي في نسخة "الملتقى" التي بين أيدينا: ((وغير مستحبة لمطلقة قبله - أي: الدخول - سُمِّي لها مهر)) وهذا يخالف لما نقله ابن عابدين عن "الملتقى" وموافق لما في "الدرر". انظر "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح - باب المهر وأحكامه ٣٥١/١.

(٤) "المبسوط": كتاب النكاح - باب التُّعَةِ والمهر ٦٢/٦.

(٥) الكشف: سورة البقرة ٢٨٥/١.

(٦) "المختلف" لأبي القاسم، أحمد بن عَصَمَةَ الصَّفَّارِ البَلْخِيِّ، الملقَّب زَلْجَمَ (ت ٣٢٦هـ). ("الجواهر المضية" ٢٠٠/١، "الطبقات السنية" ٣٩٣/١، "الفوائد البهية" ص ٢٦-).

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٧/٣ بتصرف، وعزاه النقل فيه أيضاً إلى "المختصر".

(٨) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يسقط به كلُّ المهر ٣٠٣/٢.

(٩) الذي في "الدرر الملتقى شرح الملتقى": ((وغير مستحبة لمطلقة قبله - أي: الدُّخول - سُمِّي لها مهر - هو المشهور)). وهذا يخالف لما نصَّ عليه ابن عابدين من أنَّ المشهور هو الاستحباب في المطلقة قبل الدخول وقد سُمِّي لها مهر.

(١٠) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٧/٣.

(١١) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يسقط به كلُّ المهر ٣٠٣/٢.

فالمطلقات أربع.

(وما فَرَضَ) بتراضيهما أو بفَرَضٍ قاضٍ مهرَ المثلِ (بعدَ العقدِ) الخالي عن المهرِ (أو زَيْدَ) على ما سَمَى، فإنَّها تلزُمُهُ بشرطِ قبولها في المجلسِ أو قبولِ وليِّ الصَّغيرةِ،

جاءت من قِبَلِ الزَّوْجِ بعد الدُّخُولِ تُستحبُّ فيها المتعة، إلَّا أَنْ يَرْتَدَّ أو يَأْبَى الإسلامَ؛ لأنَّ الاستحبابَ طلبُ الفضيلةِ، والكافِرُ ليس من أهلها).

[١١٩٥٤] (قوله: فالمطلقات أربع) أي: مُطلقةٌ قَبْلَ الوطءِ أو بعده، سَمَى لها أو لا، فالمُطلقةُ قبلُةٌ إن لم يُسَمَّ لها فمُتعتُّها واجبةٌ، وإن سَمَى فغيرُ واجبةٍ ولا مُستحبَّةٌ أيضاً على ما هنا، والمُطلقةُ بعده مُتعتُّها مستحبَّةٌ سَمَى لها أو لا.

[١١٩٥٥] (قوله: أو بفَرَضٍ قاضٍ مهرَ المثلِ) ينصبُ ((مهرَ)) مفعولٌ ((فَرَضَ))، قال في "البدائع"^(١): ((لو تزَوَّجَها على أن لا مهرَ لها وجَبَ مهرُ المثلِ بنفسِ العَقْدِ عندنا؛ بدليل أنها لو طَلَبَتِ الفَرَضَ من الزَّوْجِ يَجِبُ عليه الفَرَضُ، حتَّى لو امتنعَ يُجْبِرُهُ القاضي عليه، ولو لم يفعلَ نابَ مِنابَهُ في الفَرَضِ، وهذا دليلُ الوجوبِ قَبْلَ الفَرَضِ)).

[١١٩٥٦] (قوله: فإنَّها تلزُمُهُ) أي: الزَّيَادَةُ إن وَطِئَ أو مات عنها، وهذا التَّفْرِيعُ مُستفادٌ من مفهومِ قوله: ((لا يُنصَفُ)) أي: بالطلاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ، فيُفِيدُ لزومَهُ وتأكُّدَهُ بالدُّخُولِ ومثله الموت.

[١١٩٥٧] (قوله: بشرطِ قبولها إلخ) أفادَ أنها صحيحةٌ ولو بلا شهودٍ أو بعدَ هبةِ المهرِ والإبراءِ منه وهي من جنسِ المهرِ أو من غيرِ جنسه، "بحر"^(٢). وسواءٌ كانت من زوج^(٣) أو وليٍّ، فقد صرَّحوا بأنَّ الأبَّ والجدَّ لو زَوَّجَ ابْنَهُ ثُمَّ زَادَ في المهرِ صَحَّ، "نهر"^(٤). وفي "انفع الوسائل":

(١) "البدائع": كتاب النكاح - بيان شرائط جواز النكاح ونفاذه - فصل: ومنها المهر ٢٧٤/٢ بتصرف يسير.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٠/٣ بتصرف، معزياً إلى "القنية" و"انفع الوسائل".

(٣) في "ب" و"م" و"ن": ((الزوج)).

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٩/١.

ومعرفة قدرها، وبقاء الزوجية^(١) على الظاهر، "نهر"^(٢).....

((ولا يُشترط فيها لفظ الزيادة، بل تصح بلفظها وبقره: راجعتك [٣/٨٩ق/ب] بكذا إن قبلت وإن لم يكن بلفظ: زدتك في مهر، وكذا بتجديد النكاح وإن لم يكن بلفظ الزيادة على خلاف فيه، وكذا لو أقر لزوجه بمهر وكانت قد وهبته له فإنه يصح إن قبلت في مجلس الإقرار وإن لم يكن بلفظ الزيادة)).

[١١٩٥٨] (قوله: ومعرفة قدرها) أي: الزيادة، فلو قال: زدتك في مهر ولم يُعَيَّن لم تصح الزيادة للجهالة كما في "الواقعات"، "بحر"^(٣).

[١١٩٥٩] (قوله: وبقاء الزوجية إلخ) الذي في "البحر"^(٤): ((أن الزيادة بعد موتها صحيحة إذا قبلت الورثة عند أبي حنيفة خلافاً لهما كما في "التبيين"^(٥) من البيوع) اهـ.

وعزاه في "أنفع الوسائل" إلى "القدوري"، ثم قال: ((ولم يذكر الزيادة بعد الطلاق البائن وانقضاء العدة في الرجعي، والظاهر أنه يجوز عنده بالأولى؛ لأنه بالموت انقطع النكاح وفات محل التملك، وبعد الطلاق المحل باق، وقد ثبت لها ذلك عنده في الموت ففي الطلاق أولى، وما ذكره في "البحر المحيط"^(٦) من رواية "بشر" عن "أبي يوسف": من أن الزيادة بعد الفرقة باطلة يُحمل على أنه قول "أبي يوسف" وحده؛ لأنه خالف "أبا حنيفة" في الزيادة بعد الموت، فيكون قد مشى على أصله، ولم يُنقل عن "الإمام" في الزيادة بعد البيونة شيء، فيُحمل الجواب فيه على ما نُقل عنه في الزيادة بعد الموت)) اهـ، وتبعه في "البحر"^(٧).

(١) في "د" زيادة: ((فإذا طلق امرأته قبل الدخول بها؛ أو بعده ثلاثاً؛ ثم زادها في المهر؛ لم تصح الزيادة عند "أبي يوسف"، ومقتضى ما ذهب إليه "أبو حنيفة" رحمه الله أن تصح. ملخصاً بخر)). ق ١٦١/ب.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٩/أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٠/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٠/٣.

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب البيوع - فصل: صح بيع العقار قبل قبضه ٨٤/٤.

(٦) "البحر المحيط": المسمى "منية الفقهاء": لبلع بن أبي منصور، فخر الدين العراقي (ت ٦٦٨هـ)، ("كشف الظنون" ٢٢٦/١، ١٨٨٦/٢، والفوائد البهية" ص ٥٤٤ - وفيها: بدع بن منصور القزويني).

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٠/٣ بتصرف.

وفي "الكافي": ((جَدَّدَ النِّكَاحَ بزيادة ألفٍ لَزِمَهُ الألفان^(١) على الظَّاهِرِ))،
وفي "الخاتية"^(٢): ((ولو وهبته مهرها، ثم أقر بكذا من المهر وقبِلَتْ صحَّ،))

قال في "النهر"^(٣): ((والظاهرُ عدمُ الجواز بعدَ الموت^(٤) واليئونة، وإليه يُرشدُ تقييدُ
"الحيط" بحالِ قيامِ النِّكَاحِ؛ إذ نقلوا أنَّ ظاهرَ الرواية أنَّ الزَّيادةَ بعد هلاكِ المبيع لا تصحُّ، وفي
رواية "النَّوادر" تصحُّ، ومن ثمَّ جَزَمَ في "المعراج" وغيره بأنَّ شرطَها بقاءُ الزَّوجِية، حتَّى لو
زادها بعد موتها لم تصحَّ، والاتِّحاقُ بأصلِ العَقْدِ وإنَّ كان يقعُ مُستنداً إلَّا أنَّه لا بدَّ أنْ يَثْبُتَ
أولاً في الحال ثمَّ يَسْتَيْدَ، وثبوته مُتَعَذِّرٌ لانتفاءِ الحِلِّ، فتعذَّرَ استنادهُ، وما ذكره "القدوري"
موافقٌ لرواية "النَّوادر") اهـ.

قال "ط"^(٥): ((والذي يَظْهَرُ أنَّ ما في "الحيط" و"المعراج" مُخَرَّجٌ على قولهما، فلا يُنَافِي ما
في "التيين"، وكونُ ظاهرِ الروايةَ عدمَ صحَّةِ الزَّيادةَ بعد هلاكِ المبيع لا يقتضي أنَّ يكونَ ظاهرُ
الرواية هنا؛ لفرقٍ بين الفصلين قامَ عند المُجْتَهِدِ، فإنَّه في النِّكَاحِ أَمَرَ اللهُ تعالى بعدمِ نسيانِ
الفضلِ بين الزوجين، وهذه الزَّيادةُ [١/٩٠ق/٣] من مراعاةِ الفضلِ، يُؤَيِّدُهُ مشروعِيَّةُ المُتَعَةِ فيه
بخلافِ البيع)) اهـ.

[١١٩٦٠] (قوله: وفي "الكافي" إلخ) حاصلُ عبارة "الكافي": ((تَزَوَّجَهَا في السَّرِّ بِألفٍ،

(قولُ "الشَّارحِ": جَدَّدَ النِّكَاحَ - بزيادة ألفٍ لَزِمَهُ الألفان على الظَّاهِرِ) وقال "الحَمَوِيُّ" في
"حاشية الأَشْبَاه" - من كتابِ البُيُوعِ نقلاً عن "الْمُنْيَةِ" - : ((تَزَوَّجَ على مهرٍ معلومٍ ثمَّ تَزَوَّجَ على ألفٍ
آخرَ ثَبَّتَ التَّسْمِيَتَانِ في الأصَحِّ)) اهـ.

(١) في "ط": ((ألفان)).

(٢) "الخاتية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر ١/٣٨٠ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١/١٧٩.

(٤) في "ط": ((بالموت)).

(٥) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٢/٥٢.

ثمَّ في العلانية بألفين ظاهر المنصوص في "الأصل" أنه يلزمه عنده الألفان، ويكون زيادة في المهر، وعند "أبي يوسف" المهر هو الأول؛ لأنَّ العقد الثاني لغو فيلغو ما فيه، وعند "الإمام" أنَّ الثاني وإنَّ لغا لا يلغو ما فيه من الزيادة، كمن قال لعبده الأكبر سِتًّا منه: هذا ابني، لَمَّا لغا عندهما لم يعتق العبد، وعنده وإنَّ لغا في حكم النسب يُعتَبَرُ في حقِّ العتق)) كذا في "المبسوط" (١) اهـ (٢).

وذكر في "الفتح" (٣): ((أنَّ هذا إذا لم يُشهدا على أنَّ الثاني هزل، وإلا فلا خلاف في اعتبار الأول، فلو ادَّعى الهزل لم يُقبل بلا بَيِّنَةٍ))، ثمَّ ذكر: ((أنَّ بعضهم اعتبر ما في العقد الثاني فقط بناءً على أنَّ المقصود تغيير الأول إلى الثاني، وبعضهم أوجب كلاً للمهرين؛ لأنَّ الأول ثبت ثبوتاً لا مردَّ له والثاني زيادة عليه، فيجبُ بكماله))، ثمَّ ذكر (٤): ((أنَّ "قاضي خان" (٥) أفى بأنَّه لا يجب بالعقد الثاني شيء ما لم يقصد به الزيادة في المهر))، ثمَّ وفق بينه وبين إطلاق الجمهور الزورم بحمل كلامه على أنه لا يلزم عند الله تعالى في نفس الأمر إلا بقصد الزيادة وإنَّ لزِم في حكم الحاكم؛ لأنَّه يؤاخذ به بظاهر لفظه، إلا أنَّ يُشهد على الهزل، وأطال الكلام فراجع.

أقول: بقي ما إذا جدَّد بمثل المهر الأول، ومقتضى ما مرَّ (٦) من القول باعتبار تغيير الأول إلى الثاني أنَّ لا يجب بالثاني شيء هنا؛ إذ لا زيادة فيه، وعلى القول الثاني يجب المهران.

(تنبيه)

في "القنية" (٧): ((جدَّد للحلال نكاحاً بمهر يلزم إنَّ جدَّده لأجل الزيادة لا احتياطاً)) اهـ، أي: لو جدَّده لأجل الاحتياط لا تلزمه الزيادة بلا نزاع كما في "البرازية" (٨)، وينبغي

(١) "المبسوط": كتاب النكاح - باب المهور ٨٧/٥ بتصرف.

(٢) أي: انتهى نقل ابن عابدين عن "المبسوط"، فليتبناه.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٥/٣.

(٤) أي: في "الفتح": العزو السابق.

(٥) "الخانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر ٣٧٩/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) في المقالة نفسها.

(٧) "القنية": كتاب النكاح، باب الزيادة في المهر ق ٣٥/١.

(٨) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر ١٣٣/٤. (هامش "الفتاوى الهندية").

وَيُحْمَلُ عَلَى الزَّيَادَةِ))، وفي "الْبِرَّازِيَّةُ"^(١): ((الْأَشْبَهُ أَنَّهُ لَا يَصَحُّ بِلا قَصْدِ الزَّيَادَةِ))
 ((لَا يُنْصَفُ)^(٢)) لاختصاصِ التَّنْصِيفِ بالمفروضِ في العقدِ بالنصِّ،.....

أَنْ يُحْمَلَ عَلَى مَا إِذَا صَدَّقَتْهُ الزَّوْجَةُ أَوْ أَشْهَدَ، وَإِلَّا فَلَا يُصَدَّقُ فِي إِرَادَتِهِ الْاِحْتِيَاظَ كَمَا مَرَّ^(٣)
 عَنْ الْجُمْهُورِ، أَوْ يُحْمَلَ عَلَى مَا عِنْدَ اللَّهِ تَعَالَى، وَسَيَأْتِي^(٤) تَمَامُ الْكَلَامِ عَلَى مَسْأَلَةِ مَهْرِ السَّرِّ
 وَالْعَلَانِيَةِ فِي آخِرِ هَذَا الْبَابِ.

[١١٩٦١] (قَوْلُهُ: وَيُحْمَلُ عَلَى الزَّيَادَةِ) لَوْجُوبُ تَصْحِيحِ التَّصَرُّفِ مَا أُمِكنَ، وَاشْتَرَطَ
 الْقَبُولَ؛ لِأَنَّ الزَّيَادَةَ فِي الْمَهْرِ لَا تَصَحُّ إِلَّا بِهِ، "فَتْح"^(٥) عَنْ "التَّحْنِيسِ".

[١١٩٦٢] (قَوْلُهُ: فِي "الْبِرَّازِيَّةِ") اسْتِدْرَاكٌ عَلَى مَا فِي "الْخَائِنَةِ"، وَأَقْرَهُ فِي "النَّهْرِ"^(٦)، لَكِنْ
 ٣٣٧/٢ [٣/٩٠ق/ب] ارْتَضَى فِي "الْفَتْحِ"^(٧) مَا فِي "الْخَائِنَةِ"، وَهُوَ الْأَوْجَهُ؛ لِأَنَّهُ حَيْثُ ثَبَتَ جَوَازُ الزَّيَادَةِ فِي
 الْمَهْرِ يُحْمَلُ كَلَامُهُ عَلَيْهَا بِقَرِينَةِ الْهَبَةِ الدَّالَّةِ عَلَى إِرَادَةِ الزَّيَادَةِ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ لِقَصْدِ التَّعْوِضِ
 عَنْهُ، فَلَا يُصَدَّقُ فِي أَنَّهُ لَمْ يُرِدِ الزَّيَادَةَ، تَأَمَّلْ.

[١١٩٦٣] (قَوْلُهُ: لَا يُنْصَفُ) أَي: بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ، "بَحْر"^(٨). وَهَذَا خَيْرُ قَوْلِهِ: ((وَمَا
 فَرَضَ لِخ)).

[١١٩٦٤] (قَوْلُهُ: بِالْمَفْرُوضِ مُتَعَلِّقٌ بـ (اِخْتِصَاصِ))، وَقَوْلُهُ: ((فِي الْعَقْدِ)) مُتَعَلِّقٌ
 بـ ((الْمَفْرُوضِ))، وَقَوْلُهُ: ((بِالنَّصِّ)) أَي: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَنُصِّفْ مَا قُضِيَ مِنْهُ﴾ [البقرة- ٢٣٧] مُتَعَلِّقٌ

(١) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر ١٣٣/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) في "و": ((ينصف)).

(٣) في المقالة نفسها.

(٤) المقالة [١٢٣٢٦] قوله: ((المهر مهر السر إلخ)).

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٦/٣.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٩/أ.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٦/٣.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٩/٣.

بل تجبُ المتعةُ في الأوَّلِ ونصفُ الأصلِ في الثاني.

(وصَحَّ حَطُّهَا).....

بـ ((اختصاصي))، أي: وما فُرِضَ بعدَ العَقْدِ أو زِيدَ بعده ليس مفروضاً في العَقْدِ.

[١١٩٦٥] (قوله: بل تجبُ المتعةُ في الأوَّلِ) أي: فيما لو فُرِضَ بعدَ العَقْدِ؛ لأنَّ هذا الفرضَ

تعيَّنَ للواجبِ بالعَقْدِ وهو مهرُ المثل، وذلك لا يَتَنَصَّفُ، فكذا ما نُزِلَ منزِلَتُهُ، "نهر"^(١). وعند
"أبي يوسف" لها نصفُ ما فُرِضَ، والأوَّلُ أصحُّ كما في "شرح الملتقى"^(٢).

[١١٩٦٦] (قوله: ونصفُ الأصلِ في الثاني) أي: فيما لو زادَ بعدَ العَقْدِ.

مطلبٌ في حَطِّ المهرِ والإبراءِ منه

[١١٩٦٧] (قوله: وصَحَّ حَطُّهَا) الحَطُّ: الإسقاطُ كما في "المغرب"^(٣)، وقَيَّدَ حَطُّهَا؛ لأنَّ

حَطَّ أيُّها غيرُ صحيحٍ لو صغيرةً، ولو كبيرةً توقَّفَ على إجازَتِها، ولا بدَّ من رضاها، ففي هبةٍ
"الخلاصة"^(٤): ((خَوَّفَهَا بَضْرَبٍ حَتَّى وَهَبَتْ مَهْرَهَا لم يصحَّ لو قادراً على الضَّرْبِ)) اهـ.
ولو اختلفا فالقولُ لِمُدَّعي الإكراهِ، ولو بَرَّهنا فَيَبُتُّ الطَّوْعُ أَوَّلَى، "فتية"^(٥)، وأنَّ لا تكونَ مريضةً

(قوله: ولو بَرَّهنا فَيَبُتُّ الطَّوْعُ أَوَّلَى إلخ) هذا خلافُ ما عليه الأكثرُ، كما سيذكرُه في الشَّهادات عن "ابن

السَّحْنِ"، ونَقَلَ عن "الباقراني" و"الخاتبة" و"ترجيحُ البيِّنات": ((تعارضتُ بَيِّنَةُ الطَّوْعِ والإكراهِ في البيعِ والصُّلْحِ
والإقرارِ فَيَبُتُّ الإكراهُ أَوَّلَى)) اهـ. والظاهرُ أنَّ ما ذكره في "الفتية" من أنَّ القولَ لِمُدَّعي الإكراهِ مبنيٌّ على القولِ
بأنَّ بَيِّنَةَ الطَّوْعِ أَوَّلَى، وذكرَ "الشَّارح" فيما يأتي: ((أنَّ بَيِّنَةَ الإكراهِ أَوَّلَى إنَّ أَرْعَا واتَّحدَ تاريخُهما، فإنَّ اختلفا
أو لم يُؤرِّخا فَيَبُتُّ الطَّوْعُ أَوَّلَى)) اهـ. عزاه لـ "الملتقط" وغيره، واعتمده "المُصنِّف" وابنه و"عزَّمي زاده".

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٩/أ.

(٢) "الدر المنقى": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٩/١ (هامش "جمع الأنهر").

(٣) "المغرب": مادة ((حطط)).

(٤) "خلاصة الفتاوى": الفصل الأول في جواز الهبة ق ٣٢٠/ب.

(٥) "الفتية": كتاب الشهادات ق ١٣٩/ب يقتصر.

لكلِّه أو بعضه (عنه) قَبِلَ أَوْ لَا، وَيرْتَدُّ بِالرَّدِّ كَمَا فِي "البحر".
والخلوة) مبتدأ خبره قوله الآتي: ((كالوطء)) (بلا مانع حسِّي).....

مرض الموت، ولو اختلفَ مع ورثتها فالقول للزوج أنه كان في الصحة؛ لأنه يُنكِرُ المهرَ، "خلاصة"^(١). ولو وَهَبَتْهُ فِي مَرَضِهَا فَمَاتَ قَبْلَهَا فَلَا دَعْوَى لَهَا بَلْ لَوَرِثَتَهَا بَعْدَ مَوْتِهَا، وَتَمَامُ الْفُرُوعِ فِي "البحر"^(٢).

[١١٩٦٨] (قوله: لكلِّه أو بعضه) قِيَدُهُ فِي "البدائع"^(٣) بما إذا كان المهرُ دَيْنًا، أَي: دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ؛ لِأَنَّ الْحَطَّ فِي الْأَعْيَانِ لَا يَصِحُّ، "بحر"^(٤). ومعنى عَدِمَ صَحَّتِهِ: أَنَّهَا أَنْ تَأْخُذَهُ مِنْهُ مَا دَامَ قَائِمًا، فَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ سَقَطَ الْمَهْرُ عَنْهُ، لِمَا فِي "الْبِرَازِيَّةِ"^(٥): ((أَبْرَأْتُكَ عَنْ هَذَا الْعَبْدِ يَبْقَى الْعَبْدُ وَدِيعَةً عِنْدَهُ)) اهـ "نهر"^(٦).

[١١٩٦٩] (قوله: وَيرْتَدُّ بِالرَّدِّ) أَي: كَهَيِّةِ الدَّيْنِ مِمَّنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ، ذَكَرَهُ فِي "أَنْفَعِ الْوَسَائِلِ" بِحَثٍّ، وَقَالَ: ((لَمْ أَرَهُ))، وَاسْتَدَلَّ لَهُ فِي "البحر"^(٧) بما فِي مُدَايِنَاتِ "الْقَنِيَّةِ"^(٨): ((قَالَتْ لَزَوْجِهَا:

(قوله: ولو اختلفَ مع وَرَثَتِهَا فَالْقَوْلُ لِلزَّوْجِ إلخ) فِي مَسَائِلِ شَتَّى آخَرَ الْكِتَابِ أَنَّ هَذَا خِلَافَ الْمُخْتَارِ، وَعَلَّلُوا لِهَذِهِ الرُّوَايَةِ بِأَنَّ الزَّوْجَ وَالْوَرَثَةَ اتَّفَقُوا عَلَى سَقُوطِ الْمَهْرِ عَنِ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ تَقِيدُ الْمَلِكَ وَإِنْ كَانَتْ لِلْوَارِثِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَرِيضَ إِذَا وَهَبَ لَوَارِثِهِ عَبْدًا - مِثْلًا - فَأَعْتَقَهُ الْوَارِثُ أَوْ بَاعَهُ نَفَذَ تَصَرُّفَهُ، وَلَكِنْ يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ إِنْ مَاتَ الْمَوْرَثُ فِي ذَلِكَ الْمَرَضِ رَدًّا لِلْوَصِيَّةِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ، فَإِذَا سَقَطَ عَنْهُ الْمَهْرُ بِالْإِتِّفَاقِ فَالْوَارِثُ يَدْعِي الْعَوْدَ عَلَيْهِ وَالزَّوْجُ يُنْكِرُ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ.

(١) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر ق ٨١/ب.

(٢) انظر "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦١/٣.

(٣) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يسقط به كل المهر ٢٩٥/٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦١/٣.

(٥) "البرازية": كتاب الدعوى - الفصل الرابع عشر في دعوى الإبراء والصِّلح ٣٨١/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٩/ب بتصرف.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦١/٣.

(٨) في مخطوطة "القنية" طمس وحذف في هذا الموضع ولم تظهر لنا المسألة.

كمرضٍ لأحدهما يَمْنَعُ الوطءَ (وطَبْعِي) كوجودِ ثالثٍ عاقلٍ، ذكره "ابن الكمال"، وجعلَه في "الأسرار" من الحسِّيِّ،.....

أبرأتك ولم يقل: قِيلَتْ، أو كان غائباً فقالت: أبرأتُ زوجي يبرأ إذا رَدَّه)) اهـ.
قال في "النهر"^(١): ((ولا يخفى أنَّ المدعى إنما هو رَدُّ الحطِّ))، وكأنَّه نظرَ إلى أنَّ الحطَّ إبراءٌ معنًى.

مطلب في أحكام الخلوة

[١١٩٧٠] (قوله: كمرضٍ لأحدهما يَمْنَعُ الوطءَ) أي: أو يلحقه به ضررٌ، قال "الزَّليعي"^(٢): ((وقيل: هذا التفصيلُ في مرضيها، وأمَّا مرضه [١/٩١ق/٣] فمانعٌ مطلقاً؛ لأنَّه لا يعرَى عن تكسُّرٍ وفُتُورٍ عادةً، وهو الصَّحيح)) اهـ. ومثله في "الفتح"^(٣) و"البحر"^(٤) و"النهر"^(٥).
قلت: إنَّ كان التَّكْسُّرُ والفُتُورُ منه مانعاً من الوطءِ أو مُضِرّاً له كان مثلُ المرأةِ في اشتراطِ المنعِ أو الضَّررِ، وإلَّا فهو كالصَّحيح، فما وجهُ كونِ مرضه مانعاً من صحَّةِ الخلوة؟! إلاَّ أنَّ يقال: المراد أنَّ مرضه في العادة يكونُ مانعاً من وطئه، فلا فائدةَ في ذكر التفصيلِ فيه بخلافِ مرضها، فتأمَّل.

[١١٩٧١] (قوله: وجعلَه في "الأسرار" من الحسِّيِّ) قلت: وجعلَه في "البحر"^(٦) مانعاً لتحققِ

(قوله: وإلَّا فهو كالصَّحيح، فما وجهُ كونِ مرضه مانعاً إلخ) فيه: أنَّه حيثُ صحَّح "الزَّليعي" وغيره أنَّ مرضه مانعٌ بدونِ تفصيلِ فعلينا اتِّباعه؛ لأنَّه لا يعرَى عن تكسُّرٍ وفُتُورٍ، وإنَّ لم يَمْنَعِ من الوطءِ ولم يلحق به ضررٌ فعلينا اتِّباعُ ما صحَّحوه، والتفصيلُ إنما هو في مرضها.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٩/ب.

(٢) "تبين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٤٢/٢.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٨/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٩/ب.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٢/٣ وما بعدها.

وعليه فليس للطَّبْعِيِّ مثالٌ مُستَقِلٌّ (وشرعيٌّ) كإحرامٍ لفرضٍ أو نفلٍ.....

الخلوة، حيث ذَكَرَ: ((أَنَّ لإقامة الخلوة مُقَامَ الوطءِ شروطاً أربعة: الخلوة الحقيقية، وعدم المانع الحسِّيِّ، أو الطَّبْعِيِّ، أو الشرعيِّ، فالأوَّلُ للاحترازِ عَمَّا إذا كان هناك ثالثٌ فليست بخلوة، وعن مكانٍ لا يَصْلُحُ للخلوة كالمسجد والطريق العامَّ والحمام إلخ))، ثُمَّ ذَكَرَ عن "الأسرار": ((أَنَّ هذين من المانع الحسِّيِّ))، وعليه فالمانع الحسِّيُّ ما يَمْنَعُها من أصلها، أو ما يَمْنَعُ صَحَّتْها بعد تحقُّقها كالمرض، فافهم.

[١١٩٧٢] (قوله: فليس للطَّبْعِيِّ مثالٌ مُستَقِلٌّ) فَإِنَّهُمْ مَثَلُوا للطَّبْعِيِّ بوجودِ ثالثٍ وبالحيض أو النفاس، مع أَنَّ الأوَّلَ منهئيٌّ شرعاً وَيَنفِرُ الطَّبْعُ عنه، فهو مانع حَسِّيٌّ طَّبْعِيٌّ شرعيٌّ، والثَّاني طَّبْعِيٌّ شرعيٌّ، نعم سيأتي ^(١) عن "السرخسي": ((أَنَّ جاريةً أُحْدِثَ لَهَا مَنَعٌ)) بناءً على أَنَّهُ يَمْتَنِعُ من وطءِ الزَّوْجَةِ بِمُحْضَرَّتِهَا طبعاً مع أَنَّهُ لا بأسَ به شرعاً، فهو مانع طَّبْعِيٌّ لا شرعيٌّ، لكنَّه حَسِّيٌّ أيضاً، فافهم.

[١١٩٧٣] (قوله: كإحرامٍ لفرضٍ أو نفلٍ) لِحَجٍّ أو عمرَةٍ قَبْلَ وقوفٍ عرفة أو بعده قَبْلَ طوافٍ، وأُطْلِقَ في إحرامِ النَّفْلِ، فَعَمَّ ما إذا كان بِإِذْنِهِ أو بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وقد نَصَّوا على أَنَّهُ لَهٗ أَنْ يُحْلَلَهَا إذا كان بِغَيْرِ إِذْنِهِ، "ط" ^(٢).

(قوله: أو بعده قَبْلَ طوافٍ إلخ) قال في "البحر": ((أُطْلِقَ فَشَمَلَ الإحرامَ بِحَجٍّ فَرَضٍ أو نَفْلٍ، أو بِعُمْرَةٍ، وعَلَّه في "الهداية" وغيرها؛ بَأَنَّهُ يَلْزَمُ من الوطءِ معه الدَّمُ، وفسادُ الحَجِّ، والقضاءُ، فظَاهِرُهُ أَنَّهُ لو خلا بها بعد الوُفُوفِ بِعَرَفَةَ فَوُفَّيْهَا صَحِيحَةٌ لِأَمْنٍ من الفساد، مع أَنَّ الجوابَ مُطْلَقٌ وهو الظَّاهِرُ لِلْحُرْمَةِ شرعاً)) اهـ، وقَوَاهُ في "النَّهْر" حيثُ قال: ((يُمْكِنُ أَنْ يَقَالَ: الْمَنْظُورُ إِلَيْهِ إِنَّمَا هُوَ لُزُومُ الدَّمِ، ولا شَكَّ أَنَّ الْبَدَنَةَ فَوْقَهُ، وَأَمَّا لُزُومُ الْفَسَادِ فَمَوْكَّدٌ لِلْمَانِعِ فَقَطْ)) اهـ.

(١) المقولة [١١٩٨٤] قوله: ((به يفتى)).

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٣/٢.

(و) مِنَ الْحَسِيِّ (رَتَقَ) بَفَتْحَتَيْنِ: التَّلَاحُمُ^(١) (وَقَرَنَ) بِالسُّكُونِ: عَظُمَ (وَعَقَلَ) بَفَتْحَتَيْنِ: عُذَّةٌ (وَصِغَرُ).....

قلت: فالظاهر أنَّ التَّعَمِيمَ الأخيرَ غيرُ مرادٍ؛ لأنَّ العلةَ الحرمةَ وهي مفقودة.

[١١٩٧٤] (قوله: «وَمِنَ الْحَسِيِّ (لَحَ) لَمَّا كَانَ ظَاهِرُ الْعُطْفِ يَقْتَضِي أَنَّ الرَّتْقَ وَمَا عُطِفَ عَلَيْهِ يَخْرُجُ عَنِ الْمَوَانِعِ الثَّلَاثَةِ مَعَ أَنَّهَا مِنَ الْحَسِيِّ قَدَرُهُ «الشَّارَحُ»، "ط"^(٢)).

[١١٩٧٥] (قوله: «بِالسُّكُونِ») نَقَلَ «الْخَيْرُ الرَّمْلِيُّ» عَنْ «شرح الرُّوضِ» لِلْقَاضِي «زَكَرِيَّا»^(٣): ((أَنَّ الْقَرْنَ يَفْتَحُ رِائِهِ أَرْجَحُ مِنْ إِسْكَانِهَا)).

[١١٩٧٦] (قوله: «عَظُمَ») فِي «الْبَحْرِ»^(٤) عَنْ «الْمَغْرِبِ»^(٥): ((الْقَرْنُ فِي الْفَرْجِ مَانِعٌ يَمْنَعُ مِنْ سُلوٰكِ الذَّكَرِ فِيهِ، إِمَّا عُذَّةٌ غَلِيظَةٌ أَوْ لَحْمٌ أَوْ عَظْمٌ، وَامْرَأَةٌ رَتَقَاءُ: بِهَا ذَلِكَ)) اهـ، وَمَقْتَضَاهُ [٩١/٣/ب] تَرَادُفُ الْقَرْنِ وَالرَّتْقِ.

[١١٩٧٧] (قوله: «وَعَقَلَ» بِالْعَيْنِ الْمَهْمَلَةِ وَالْفَاءِ، وَقوله: «عُذَّةٌ») بِالْعَيْنِ الْمَعْجَمَةِ، أَيِ: فِي خَارِجِ الْفَرْجِ، فَفِي «الْقَامُوسِ»^(٦): ((أَنَّهُ شَيْءٌ يَخْرُجُ مِنْ قُبْلِ الْمَرْأَةِ شَبِيهٌ بِالْأَذَرَةِ^(٧) لِلرَّجَالِ^(٨))).

(١) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((قوله: التَّلَاحُمُ، أَيِ: التَّحَامُ الْفَرْجِ بَحِثْ لَا يُمْكِنُ الْإِيْلَاجُ فِيهِ، كَمَا فِي «الْإِشَارَاتِ»)). ق ١٦١/ب.

(٢) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٥٣/٢.

(٣) الشَّرْحُ لِلْقَاضِي زَكَرِيَّا بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ الْأَنْصَارِيِّ السُّنَيْكِيِّ الْمِصْرِيِّ (ت ٩٢٥هـ، وَقِيلَ: ٩٢٨هـ). (وَالرُّوضُ) لِإِسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْمَعْرُوفِ بِابْنِ الْمُقَرَّرِ الشَّافِعِيِّ (ت ٨٣٧هـ)، وَهُوَ مُخْتَصَرٌ مِنَ (الرُّوضَةِ) لِلْإِمَامِ النَّوَوِيِّ (٦٦٦هـ). («كَشَفُ الظُّلُومِ» ٩١٩/١، وَ«النُّورُ السَّافِرُ» ص ١٢٠، وَ«الْكَوَاكِبُ السَّائِرَةُ» ١٩٦/١، وَ«هَدْيَةُ الْعَارِفِينَ» ٢١٦/١).

(٤) «الْبَحْرُ»: كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٦٣/٣.

(٥) «الْمَغْرِبُ»: مَادَّةُ «(قَرَنَ)».

(٦) «الْقَامُوسُ»: مَادَّةُ «(عَقَلَ)».

(٧) فِي "ب" «(الْإِدْوَةِ)»، وَهُوَ خَطَأٌ. وَ«الْأَذَرَةُ» بِالضَّمِّ: نَفْخَةٌ فِي الْخِصْبَةِ، وَيَعْرِفُ بِ«الْفَتَقِ»، «لِسَانُ الْعَرَبِ» مَادَّةُ: «(أَذَرُ)».

(٨) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((وَكُنَّا فِي «شرح النِّقَايَةِ» لِلشَّيْخِ، قَالَ فِي «الْبَحْرِ»: هُوَ شَيْءٌ مَدْرُورٌ يَخْرُجُ بِالْفَرْجِ، وَمِنْهُ صِغَرُهَا بَحِثْ لَا تَطِيقُ الْجَمَاعَ، أَنْتَهَى. وَفِي أَكْثَرِ النُّسخِ: وَعُضَلُ، قَالَ فِي «الْقَامُوسِ»: «الْعُضَلَةُ» حَرَكَةٌ وَكِسْفِيَّةٌ: كُلُّ عَصَبَةٍ مَعَهَا لَحْمٌ غَلِيظٌ. عُضِلَ، كَفَرَحَ، فَهُوَ عُضِلٌ، كَكَفَّ وَنُلِسَ: صَارَ كَثِيرَ الْعُضَلِ، أَوْ ضَخِمَتِ عُضَلُهُ سَاقَهُ، وَعُضِلَ عَلَيْهِ: ضَيَّقَ، وَعُضِّلَ بِهِ الْأَمْرُ: اشْتَدَّ. أَنْتَهَى. وَفِي بَعْضِ النُّسخِ عَقَلَ بِالْفَاقِ، وَهُوَ غَلَطٌ مَا عَلِمْتُ، تَأَمَّلْ)). ق ١٦١/ب.

ولو بزواج (لا يُطابق معه الجماع، و) بلا (وجود ثالثٍ معهما).....

[١١٩٧٨] (قوله: ولو بزواج) الباء للمصاحبة، أي: ولو كان الصَّغَرُ مُصَاحِبَ الزَّوْجِ، يعني: لا فرق بين أن يكون الزَّوْجُ أو الزَّوْجَةُ أو كلُّ منهما صغيراً. اهـ "ح" (١).

قال في "البحر" (٢): ((وفي خلوة الصَّغِيرِ الذي لا يَقْدِرُ على الجماع قولان، وحَرَمَ "قاضي خان" (٣) بعدم الصَّحَّة، فكان هو المعتمد، ولذا قَيَّدَ في "الذَّخِيرَةُ" بالمراهق)) اهـ.

وتجِبُ الْعِدَّةُ بِمَخْلُوتِهِ وإن كانت فاسدة؛ لأنَّ تصرُّيهم بوجودها بالخلوة الفاسدة شاملٌ لخلوة الصَّغِيرِ، كذا في "البحر" (٤) من باب العِدَّة. ٣٣٨/٢

[١١٩٧٩] (قوله: لا يُطابق معه الجماع) وقُدِّرَتِ الإطاقة بالبلوغ، وقيل: بالتَّسَع، والأوَّلُ عدمُ التَّقديرِ كما قدَّمناه (٥)، ولو قال الزَّوْجُ: طَبِيقُهُ وأَرَادَ الدُّخُولَ وأنكَرَ الأبُ فالقاضي يُريها النِّسَاءَ ولم يَعتبرِ السِّنَّ، كذا في "الخلاصة" (٦)، "بحر" (٧).

[١١٩٨٠] (قوله: وبلا وجود ثالثٍ) قَدَّرَ قوله: ((بلا)) ليكون عطفاً على قوله: ((بلا مانعٍ حَسِّيٍّ)) بناءً على أَنَّهُ طَبِيعِيٌّ فقط، لكنَّ علَمَت ما فيه، قال "ط" (٨): ((ولا يتكرَّرُ مع ما تقدَّم؛ لأنَّ ذاك تمثيلٌ من "الشَّارَح"، وهذا من "المُصَنَّف" تقييدٌ)).

(١) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٣/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣/٣.

(٣) "الحانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر - فصل في الخلوة وتأكد المهر ٣٩٨/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "البحر": كتاب الطلاق - باب العدة ١٥٤/٤.

(٥) المقولة [١١٩٧٨] قوله: ((ولو بزواج)).

(٦) "الخلاصة": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر ق ٨٢/أ معزياً إلى "أدب القاضي" للخصاف.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣/٣.

(٨) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٤/٢ بتصرف يسير.

ولو نائماً^(١) أو أعمى (إلا أن يكون) الثالث (صغيراً لا يعقل) بأن لا يُعبرَ عما يكون بينهما (أو مجنوناً أو مُغمى عليه) لكن في "البرازية"^(٢): ((إن في الليلِ صَحَتْ لا في النهار))،.....

[١١٩٨١] (قوله: ولو نائماً أو أعمى) لأن الأعمى يُجسُّ والنائم يستيقظ ويتأنم، "فتح"^(٣). ودخل فيه الزوجة الأخرى، وهو المذهب بناءً على كراهة وطئها بحضرة ضرئها، "بحر"^(٤).

قلت: وفي "البرازية" من الحظر والإباحة^(٥): ((ولا بأس بأن يُجامع زوجته أو أمته بحضرة النائمين إذا كانوا لا يعلمون به، فإن علموا كره)) اهـ. ومقتضاه صحة الخلوة عند تحقق النوم، تأمل.

وفي "البحر"^(٦): ((وفصل في "المبتغى" في الأعمى، فإن لم يقف على حاله تصح، وإن كان أصم إن كان نهاراً لا تصح، وإن كان ليلاً تصح)) اهـ.

قلت: الظاهر أنه أراد بالأصم غير الأعمى، أما لو كان أعمى أيضاً فلا فرق في حقه بين النهار والليل، تأمل.

[١١٩٨٢] (قوله: والمجنون والمغمى عليه)^(٨) وقيل: يُمتعان، "فتح"^(٩).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ولو نائماً، قال في "البحر": ((وفي "الخلاصة": لو دخلت عليه وهو نائم صحت، علم أو لم يعلم، انتهى. وهو مشكل؛ لأنه لم يتمكن مع النوم من وطئها، لكن أقاموه مقام اليقظان هنا، انتهى. أقول: لكن لما كان مبنى اللزوم على التسليم، وهو رفع الموانع من جهتها، لم يعتبر نومُه مانعاً؛ لأنه من جهته. خير الدين الرملي)). ق ١٦١/ب.

(٢) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر ١٤١/٤ يتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٧/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣/٣.

(٥) "البرازية": كتاب الكراهة - الفصل السادس في النكاح ٣٦٧/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) في "الأصل" و"ب" و"م" و"البرازية": بالواو بدل ((أو)).

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣/٣.

(٨) قوله: ((والمجنون والمغمى عليه)) كذا بخط "الحمّي"، وهو غير موافق لقول "المصنف": ((أو مجنوناً إلخ))، كتبه نصر.

(٩) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٧/٣.

وكذا الأعمى في الأصحَّ (أو جارية أحدهما) فلا تمنع، به يُفتَى، "مبتغى". (والكلبُ يَمْنَعُ

قلت: يظهرُ لي المنعُ في الجنون؛ لأنه أقوى حالاً من الكلبِ العَقُور، تأمل.

[١١٩٨٣] (قوله: وكذا الأعمى) قد علمت ما فيه من أنه لا يظهرُ الفرقُ بين الليل والنهار في حقِّه، تأمل.

[١١٩٨٤] (قوله: به يُفتَى) [٣/٩٢ق/أ] زاد في "البحر" ^(١) عن "الخلاصة" ^(٢): ((أنَّه المختار))، ثم قال: ((وجزَمَ الإمامُ "السرخسي" في "المبسوط" ^(٣) بأنَّ كُلاًّ منهما يَمْنَعُ، وهو قول "أبي حنيفة" و"صاحبيه"؛ لأنه يَمْتَنِعُ من غَشْيَانِهَا بين يدي أَمَتِهِ طبعاً)) اهـ، أي: وكذا بين يدي أَمَتِهَا بالأولى؛ لأنها أجنبيَّةٌ لا تحِلُّ له.

قلت: وجزَمَ به أيضاً الإمامُ "قاضي خان" في "شرح الجامع" ^(٤)، وفي "البدائع" ^(٥): ((لو كان الثالثُ جاريةً له رُوِيَ أنَّ "محمداً" كان يقول أولاً: تصحُّ خلوتُهُ، ثم رَجَعَ وقال: لا تصحُّ)) اهـ. ولعلَّ وجهَ الأوَّل ما صرَّحُوا به من أنه لا بأسَ بوطءِ المنكوحَةِ بمُعَانِةِ الأَمَةِ دون عكسِهِ، لكنَّ هذا يَظْهَرُ في أَمَتِهِ دون أَمَتِهَا، على أنَّ نَفْيَ البأسِ شرعاً لا يُلْزَمُ منه عدمُ نَفَرَةِ الطَّبَاعِ السَّليمةِ عنه، وحيث كان هو المنقولُ عن أئمَّتنا الثلاثةِ كما مرَّ ^(٦)، وعزاه أيضاً في "الفتاوى الهندية" ^(٧) إلى "الذَّخِيرة" و"المحيط" ^(٨) و"الحانية" ^(٩) لا ينبغي العُدُولُ عنه؛ لموافقَتِهِ الدَّرَائَةَ والرَّوَايَةَ، ولذا قال

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣/٣.

(٢) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر ق ٨٣/ب.

(٣) "المبسوط": كتاب النكاح - باب الإحصان ١٥٠/٥.

(٤) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح ق ١٠٠/ب.

(٥) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يتأكد به المهر ٢٩٣/٢.

(٦) في المقولة نفسها.

(٧) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - باب المهر - الفصل الثاني فيما يتأكد به المهر والمتعة ٣٠٥/١.

(٨) "المحيط البرهاني": كتاب النكاح - الفصل السادس عشر في المهور - مسائل الخلوة ق ٢٠٩/أ.

(٩) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في الخلوة وتؤكد المهر ٣٩٧/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

إِنْ كَانَ عَقُورًا مطلقاً، وفي "الفتح": وعندني أَنَّ كَلْبَهُ لَا يَمْنَعُ مطلقاً (أو) كَانَ لِلزَّوْجَةِ، وَإِلَّا يَكُنْ عَقُورًا وَكَانَ لَهُ (لَا) يَمْنَعُ، وبقي منه.....

"الرَّحْمِي": ((العجبُ كيف يُجعلُ المذهبُ المفتى به ما هو خلافُ قولِ "الإمام" و"صاحبيه" مع عدم اتِّجاهِهِ فِي الْمَعْنَى؟!)).

[١١٩٨٥] (قَوْلُهُ: إِنْ كَانَ عَقُورًا مطلقاً) أَي: سواءَ كَانَ كَلْبُهُ أَوْ كَلْبِهَا.

[١١٩٨٦] (قَوْلُهُ: لَا يَمْنَعُ مطلقاً) أَي: عَقُورًا أَوْ لَا، وَعَلَّلَهُ فِي "الفتح" ^(١) بقوله: ((لَأَنَّ الْكَلْبَ قَطٌّ لَا يَعْتَدِي عَلَى سَيِّدِهِ، وَلَا عَلَى مَنْ يَمْنَعُهُ سَيِّدُهُ عَنْهُ)) اهـ.

وحيثُذِ فُلُو رَأَى الْكَلْبُ فَوْقَهَا يَكُونُ سَيِّدُهُ فِي صُورَةِ الْغَالِبِ لَهَا فَلَا يَعْدُو عَلَيْهِ، وَكَذَا لَوْ أَمَرَهَا الزَّوْجُ أَنْ تَكُونَ فَوْقَهُ؛ لِأَنَّهَا وَإِنْ كَانَتْ فِي صُورَةِ الْغَالِبَةِ لَهُ وَأَمَكَّنَ أَنْ يَعْدُوَ عَلَيْهَا الْكَلْبُ لَكِنْ يَمْنَعُهُ سَيِّدُهُ عَنْهَا، فَتَصَحُّ الْخُلُوءُ، فَافْهَم.

[١١٩٨٧] (قَوْلُهُ: أَوْ كَانَ لِلزَّوْجَةِ) أَي: أَوْ كَانَ غَيْرَ عَقُورٍ وَكَانَ لِلزَّوْجَةِ، فَإِنَّهُ يَكُونُ مَانِعًا، لَكِنْ مَقْتَضِي مَا عَلَّلَ بِهِ فِي "الفتح" أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ كَلْبِهِ وَكَلْبِهَا؛ لِأَنَّ كَلْبِهَا - وَإِنْ رَأَاهَا تَحْتَ الزَّوْجِ - يَمَكُنُ أَنْ تَمْنَعَهُ عَنْهُ فَلَا يَعْدُو عَلَيْهِ، فَتَصَحُّ الْخُلُوءُ، تَأَمَّل.

[١١٩٨٨] (قَوْلُهُ: وَكَانَ لَهُ) بِالْوَاوِ، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ بـ ((أَوْ))، وَهُوَ تَحْرِيفٌ. اهـ "ح" ^(٢)، أَي: لِأَنَّ الصُّورَ أَرْبَعَ: عَقُورٌ لَهُ أَوْ لَهَا، وَغَيْرُ عَقُورٍ كَذَلِكَ، فَذَكَرَ أَوَّلًا أَنَّ الْمَانِعَ ثَلَاثَ صُورٍ: عَقُورٌ مطلقاً، وَغَيْرُ عَقُورٍ هُوَ لَهَا، وَبَقِيَ غَيْرُ مَانِعِ الصُّورَةِ الرَّابِعَةِ هِيَ أَنْ يَكُونَ غَيْرَ عَقُورٍ وَكَانَ لَهُ.

[١١٩٨٩] (قَوْلُهُ: وَبَقِيَ الْخ) وَبَقِيَ أَيْضًا مِنَ الْمَانِعِ الشَّرْعِيِّ أَنْ يَلْقَى طَلَاقَهَا [١١٩٨٩/٣/٩٢/ب]

(قَوْلُهُ: الْعَجَبُ كَيْفَ يُجْعَلُ الْمَذْهَبُ الْمَفْتَى بِهِ مَا هُوَ خِلَافُ قَوْلِ "الإمام" وَصَاحِبِيهِ الْخ) لَا عَجَبَ فِي ذَلِكَ؛ إِذْ عَلَيْنَا اتِّبَاعُ مَا صَحَّحُوهُ وَاعْتَمَدُوهُ، وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَنَا وَجْهُهُ مَعَ إِمْكَانِ تَوْجِيهِهِ بِأَنَّ هَذِهِ الْجَارِيَةَ لَمَّا كَانَتْ كَالْمَتَاعِ وَلَا يُسْتَحْيَا مِنْهَا لَمْ تُجْعَلْ مَانِعًا جِسًّا، وَلَا يُدْرِكُ أَنَّهُ قَوْلٌ لِأَحَدِ أَئِمَّةِ الْمَذْهَبِ.

(قَوْلُهُ: وَفِي بَعْضِ النُّسخِ بـ ((أَوْ)) وَهُوَ تَحْرِيفٌ الْخ) قَالَ "الرَّحْمِي": ((مَنْ قَالَ: إِنْ ((أَوْ)) تَحْرِيفٌ فَقَدْ وَهَمَ؛ لِأَنَّهَا بِنَاءٌ عَلَى مَا قَدَّمَ عَنْ "الفتح")) اهـ.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٧/٣.

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣/ب.

عدم صلاحية المكان.....

بخلوتها، فإذا خلا بها طَلَّقَتْ فَيَجِبُ نَصَبُ الْمَهْرِ لِحَرَمَةِ وَطَنِهَا، "بِحَرْ" ^(١) عَنْ "الوَاقِعَات". قَالَ: ((وَزَادَ فِي "الْبِرَازِيَّةِ" ^(٢) وَ"الْخَلَاصَةِ" ^(٣): أَنَّهُ لَا تَجِبُ الْعِدَّةُ فِي هَذَا الطَّلَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتِمُّ مِنْ الْوَطءِ، وَسَيَأْتِي ^(٤) وَجُوبُهَا فِي الْخُلُوةِ الْفَاسِدَةِ عَلَى الصَّحِيحِ، فَتَجِبُ الْعِدَّةُ هُنَا احْتِياطًا)) اهـ. وَمَشَى "الشَّارَحُ" ^(٥) فِيمَا سَيَأْتِي بَعْدَ صَفْحَةٍ عَلَى مَا فِي "الْبِرَازِيَّةِ"، وَيَأْتِي ^(٦) تَمَامُ الْكَلَامِ فِيهِ، وَسَيَأْتِي ^(٧) أَيْضًا عِنْدَ قَوْلِهِ: ((وَلَوْ افْتَرَقَا)) أَنَّ ^(٨) امْتِنَاعَهَا مِنْ تَمَكُّنِهِ فِي الْخُلُوةِ يَمْنَعُ صَحَّتَهَا لَوْ كَانَتْ ثُبًى لَا لَوْ بِكْرًا ^(٩).

[١١٩٩٠] قَوْلُهُ: عَدَمُ صِلَاحِيَةِ الْمَكَانِ أَيْ: لِلْخُلُوةِ، وَصِلَاحِيَّتُهُ بِأَنْ يَأْمَنَّا فِيهِ أَطْلَاعَ غَيْرِهِمَا عَلَيْهِمَا كَالدَّارِ وَالْبَيْتِ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ سَقْفٌ، وَكَذَا الْمَحَلُّ الَّذِي عَلَيْهِ قُبَّةٌ مَضْرُوبَةٌ، وَالبَسْتَانُ الَّذِي لَهُ بَابٌ مُغْلَقٌ، بِخِلَافِ مَا لَيْسَ لَهُ بَابٌ ^(١٠) وَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ أَحَدٌ، "بِحَرْ" ^(١١). وَلَوْ كَانَا فِي مَخْزَنِ مَنْ خَانَ يَسْكُنُهُ النَّاسُ، فَرُدَّ الْبَابُ وَلَمْ يُغْلَقْ وَالنَّاسُ قَعُودٌ فِي وَسْطِهِ غَيْرَ مُتَرَصِّدِينَ لِنَظَرِهِمَا صَحَّتْ، وَإِنْ كَانُوا مُتَرَصِّدِينَ فَلَا، "فَتَحْ" ^(١٢).

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٤/٣.

(٢) "البرازية": كتاب النكاح - مسائل الخلو ١٤٢/٤.

(٣) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر ق ٨٣/ب.

(٤) "در" ص ٤١٤-٤١٥.

(٥) "در" ص ٤١٢-٤١٣.

(٦) المقولة [١٢٠٤٥] قَوْلُهُ: ((فَخَلَا بِهَا)) وَمَا بَعْدَهَا.

(٧) "در" ص ٤١١-٤١٢.

(٨) ((أَنَّ)) سَاقِطَةٌ مِنَ "الْأَصْلِ".

(٩) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((تَبَيَّنَ)) قَالَ فِي "تَفْعِ الرِّسَالِ": وَخُلُوةُ النِّسَاءِ فِي زَمَانِنَا فِيهَا نَظَرٌ، فَإِنَّهَا لَا تَعْرِى عَنْ امْرَأَةٍ تَكُونُ مَعَهَا فِي الْبَيْتِ، وَهِيَ تَرْتَصِدُ وَتَطْلُعُ إِلَى مَا يَجْرِى لَهَا، فَمَتَى ظَهَرَ ذَلِكَ عِنْدَ الْحَاكِمِ لَا يَسُوعُ لَهُ الْحُكْمُ بِتَأْكِدِ الْمَهْرِ لِفَسَادِ الْخُلُوةِ، وَهَذَا غَالِبًا إِذَا يَقَعُ فِي حَقِّ الْأَبْكَارِ، فَعَلَى الْحَاكِمِ أَنْ يَحْزُزَ وَيَتَبَيَّنَ فِي ذَلِكَ قَبْلَ الْحُكْمِ، فَإِذَا ظَهَرَ لَهُ أَنَّ الْخُلُوةَ صَحِيحَةٌ حَكْمًا، وَإِلَّا فَلَا)) ق ١٦١/ب.

(١٠) فِي "ت": ((بَابٌ مُغْلَقٌ)).

(١١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣/٣ بتصرف يسير.

(١٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٧/٣.

كمسجدٍ، وطريقٍ، وحمّامٍ، وصحراءٍ، وسطحٍ، وبيتٍ بأبّه مفتوحٌ؛.....

[١١٩٩١] (قوله: كمسجدٍ وطريقٍ) لأنّ المسجدَ مَجْمَعُ النَّاسِ، فلا يَأْمَنُ الدُّخُولَ عليه ساعةً فساعةً، وكذا الوطءُ فيه حرامٌ، قال تعالى: ﴿وَلَا تُبَشِّرُهُمْ وَأَنْتَ عَنْكَمُؤَنٌ﴾ [البقرة-١٨٧]، والطَّرِيقُ مَمَرُ النَّاسِ عادةً، وذلك يُوجِبُ الانْتِزَاعَ فَيَمْنَعُ الوطءَ، "بدائع"^(١). قلت: ويؤخذ من قوله: ((وكذا الوطءُ فيه حرامٌ إلخ)) أنّه مانعٌ وإن كان خالياً وبأبّه مُغْلَقٌ، فتأمل. وفي "الفتح"^(٢): ((ولو سافرَ بها فعدَلَ عن الجادَّةِ بها إلى مكانٍ خالٍ فهي صحيحة)).

[١١٩٩٢] (قوله: وحمّامٍ أي: بأبّه مفتوحٌ، أمّا لو كان مقفولاً عليهما وحدهما فلا مانع من صحّتهما كما لا يخفى، فافهم. (قوله: وسطحٍ أي: ليس على جوانبه سِتْرٌ، وكذا إذا كان السِتْرُ رقيقاً أو قصيراً بحيث لو قامَ إنسانٌ يَطْلُعُ عليهما، "فتح"^(٣). وفيه: ((ولا تصحُّ في المسجدِ والحمّامِ، وقال "شدّدًا": إنّ كانتَ ظلمةٌ شديدةٌ صحّتْ؛ لأنّها كالسّاترِ، وعلى^(٤) قياسِ قوله تصحُّ على سَطْحٍ لا ساترٍ له إذا كانتَ ظلمةٌ شديدةٌ، والأوجهُ أنّ لا تصحُّ؛ لأنّ المانعَ الإحساسُ، ولا يَخْتَصُّ بالبصرِ، ألا يُرى إلى الامتناعِ لوجودِ الأعمى ولا إبصارٍ للإحساسِ)) اهـ.

قلت: الإحساسُ إنّما يمكنُ إذا كان معهما أحدٌ على السطحِ، أمّا لو كانا فوقه وحدهما، وأمّا من صُعُودِ أحدهما إليهما لم يَتَقَّ الإحساسُ إلّا بالبصرِ، والظلمةُ الشديدةُ تمنعه كما لا يخفى، تأمل. [١١٩٩٤] (قوله: وبيتٍ بأبّه مفتوحٌ) أي: بحيث لو نظرَ إنسانٌ رآهما، وفيه خلافتٌ، ففي "مجموع النّوازل": [٣/٩٣ق/١] ((إنّ كان لا يَدْخُلُ عليهما أحدٌ إلّا بإذنٍ فهي خلوةٌ))، واختارَ

(١) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يتأكد به المهر ٢/٢٩٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٣/٢١٧.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٣/٢١٧.

(٤) ((وعلى)) ساقطة من "الأصل".

وما إذا لم يعرفها^(١) (وصوم التطوع والمنذور والكفارات والقضاء غير مانع لصحتها) في الأصح؛ إذ لا كفارة بالإفساد، ومفادته أنه لو أكل ناسياً فأمسك، فحلا بها.....

في "الذخيرة" أنه مانع، وهو الظاهر، "بحر"^(٢). ووجهه: أن إمكان النظر مانع بلا توقف على الدخول، فلا فائدة في الإذن وعدمه.

[١١٩٩٥] (قوله: وما إذا لم يعرفها) لأن التمكن لا يحصل بدون المعرفة، بخلاف ما إذا لم تعرفه، والفرق أنه متمكن من وطئها إذا عرفها ولم تعرفه بخلاف عكسه، فإنه يحرم عليه، كذا في "البحر"^(٣)، وفيه: أنه إذا لم تعرفه يحرم عليها تمكينه منها، فالظاهر أنها تمنعه من وطئها بناءً على ذلك، فينبغي أن يكون مانعاً، فتأمل، "ح"^(٤).

قلت: إن هذا المانع يبيده إزالته: بأن يُخبرها أنه زوجها، فلما جاء التقصير من جهته يحكم بصحة الخلوة، فيلزم المهر، "ط"^(٥).

[١١٩٩٦] (قوله: في الأصح) أي: أصح الروايتين، لكن صرح شراح "الهداية"^(٦): ((بأن رواية المنع في التطوع شاذة^(٧)))، ويشير إليه قول "الختانية"^(٨): ((وفي صوم القضاء والكفارات

(١) في "د" زيادة: (قوله: وما إذا لم يعرفها، قال في "البحر": ومن المانع الشرعي أن لا يعرفها حين دخلت عليه أو حين دخل عليها على الأصح؛ لأنها إنما تقام مقام الوطئ إذا تحقق بالخلوة التسليم والتمين، وهذا لا يحصل إلا بالمعرفة، كذا في "المحيط"، ويصدق أنه لم يعرفها، كذا في "الختانية"، ولو عرفها هو ولم تعرفه هي تصح الخلوة، كذا في "التبيين". ولعل الفرق أنه متمكن من وطئها إذا عرفها ولم تعرفه، بخلاف عكسه؛ فإنه يحرم عليه وطؤها. وفي "الختانية": الكافر إذا خلا مع امرأته بعدما أسلمت صحت الخلوة، ولو أسلم الكافر وامرأته مشركة فخلى بها لا تصح الخلوة، انتهى. ولعل الفرق مبني على أن الكافر غير مخاطب بالزور، فكان متمكناً من وطئ المسلمة بخلاف وطء المسلم المشركة، انتهى)). ق ١/١٦٢.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٥/٣.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٣/ب.

(٥) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٤/٢.

(٦) انظر "الفتح" و"النعانية" و"الكفاية": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٨/٣ و"البنية": كتاب النكاح - باب المهر -

الخلوة قبل الدخول ٦٧٢/٤.

(٧) الذي في نسخة "النعانية" التي بين أيدينا ((إشارة)) بدل ((شاذة)) وهو خطأ.

(٨) "الختانية": كتاب النكاح - فصل في الخلوة وتأكيد المهر ٣٩٦/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

أَنْ تَصَحَّ، وكذا كُلُّ ما أَسْقَطَ الْكُفَّارَةَ، "نهر"^(١). (بل المانعُ صَوْمُ رَمَضَانَ) أَدَاءُ
وَصَلَاةُ الْفَرْضِ فَقَطْ (كالوطءِ).....

والمندورات روايتان، والأصحُّ أنه لا يَمْنَعُ الْخُلُوءَ، وصَوْمُ التَّطَوُّعِ لا يَمْنَعُهَا فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ،
وقيل: (يَمْنَعُ) اهـ، وقولُ "الكنز"^(٢): ((وصَوْمُ الْفَرْضِ يَدْخُلُ فِيهِ الْقَضَاءُ وَالْكَفَّارَاتُ
وَالْمَنْدُورَاتُ))، فيكونُ اختيَاراً منه لرواية المنع في غيرِ التَّطَوُّعِ؛ لأنَّ الْإِفْطَارَ فِيهِ بغيرِ عُدْرٍ جَائِزٌ فِي
روايةٍ، ويُؤَيِّدُ ما في "الكنز" تعبيرُ "الْحَانِثِيَّة"^(٣) بالأصحِّ، فإنه يفيدُ أَنَّ مُقَابِلَهُ صَحِيحٌ، وكذا قولُ
"الهداية"^(٤): ((وصَوْمُ الْقَضَاءِ وَالْمَنْدُورِ كَالْتَّطَوُّعِ فِي رَوَايَةٍ))، فإنه يفيدُ أَنَّ رَوَايَةَ كَوْنِهِمَا كَصَوْمِ
رَمَضَانَ أَقْوَى، وبهذا يتأَيَّدُ ما بَحَثَهُ فِي "الْبَحْرِ"^(٥) بقوله: ((وينبغي أَنْ يكونَ صَوْمُ الْفَرْضِ - ولو
منذوراً - مانعاً اتفاقاً؛ لَأَنَّهُ يَحْرُمُ إِفْسَادُهُ وَإِنْ كَانَ لَا^(٦) كُفَّارَةَ فِيهِ، فهو مانعٌ شرعيٌّ)) اهـ.

[١١٩٩٧] (قوله: أَنْ تَصَحَّ) أي: الخُلُوءُ؛ لِسُقُوطِ الْكُفَّارَةِ بِشُبُهَةِ خِلَافِ الْإِمَامِ "مَالِكٍ"
رَحِمَهُ اللَّهُ، فإنه يَرَى فِطْرَهُ بِأَكْلِهِ نَاسِياً وَلَا كُفَّارَةَ، "ط"^(٧).
[١١٩٩٨] (قوله: وَكُلُّ ما أَسْقَطَ الْكُفَّارَةَ) كَشْرَبِ، وَجِمَاعِ نَاسِياً، وَثِيَّةٍ نَهَاراً، وَثِيَّةٍ
نَفْلٍ، "ط"^(٨).

[١١٩٩٩] (قوله: وَصَلَاةُ الْفَرْضِ فَقَطْ) قال في "الهداية"^(٩): ((وَالصَّلَاةُ بِمَنْزِلَةِ الصَّوْمِ، فَرَضُهَا

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٠/أ.

(٢) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٢/١.

(٣) "الحانثية": كتاب النكاح - فصل في الخُلُوءِ وتَأَكُّدِ الْمهر ٣٩٦/١ (هامش "الفتاوى الهداية").

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٦/١.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٤/٣.

(٦) ((لا)) ساقطة من "الأصل".

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٤/٢.

(٨) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٤/٢.

(٩) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٦/١، ومن: ((قال في "الهداية" (١)) إلى: ((كفله)) ساقط من "ب" و"م".

كفرضيه ونفلها كنفليه))، وقال في "البحر"^(١): ((لا شك أن إفساد الصلاة لغير عذر حرام فرضاً كانت أو نفلاً، فينبغي أن تمنع مطلقاً مع أنهم قالوا: إن الصلاة الواجبة لا تمنع كالنفل^(٢) مع أنه يأتى بتركها، وأغرب منه ما في "المحيط": أن صلاة التطوع لا تمنع إلا الأربع قبل الظهر؛ لأنها سنة مؤكدة، فلا يجوز تركها بمثل هذا العذر اهـ. فإنه يقتضي عدم [ب/٩٣/٣] الفرق بين السنن المؤكدة، وأن الواجبة تمنع بالأولى)) اهـ.

قلت: والحاصل أنهم لم يفرقوا في إحرام الحج بين فرضيه ونفليه؛ لاشتراكهما في لزوم القضاء والدنم، وفرقوا بينهما في الصوم والصلاة، أما الصوم فظاهراً؛ ليلزوم القضاء والكفارة في فرضه بخلاف نفليه وما ألحق به؛ لأن الضرر فيه بالفطر يسير؛ لأنه لا يلزم إلا القضاء لا غير كما في "الجوهرة"^(٣)، وأما في الصلاة فالفرق بينهما مشكل؛ إذ ليس في فرضها ضرر زائد على الإثم ولزوم القضاء، وهذا موجود في نفليها وواجبيها، نعم الإثم في الفرض أعظم، وفي كونه منوطاً لمنع صحة الخلوة خفاء، وإلا لزم أن لا يكون قضاء رمضان والكفارات كالنفل، ولعل هذا وجه اختيار "الكنز"^(٤) إطلاق فرض الصوم كما قدمناه^(٥)، فكذا الصلاة ينبغي أن يكون فرضها ونفلها كفرض الصوم بخلاف نفليه؛ لأنه أوسع بدليل أنه يجوز إفطاره بلا عذر في رواية، ونفل الصلاة لا يجوز قطعه بلا عذر في جميع الروايات، فكان كفرضها، ولعل المجتهد قام عنده فرق بينهما لم يظهر لنا، والله تعالى أعلم.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٤/٣.

(٢) ذكره في البحر نقلاً عن "شرح النقاية".

(٣) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح - أبحاث المهر ٨١/٢.

(٤) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٢/١.

(٥) المقولة [١١٩٩٦] قوله: ((في الأصح)).

فيما يجيء (ولو) كان الزَّوْجُ (محبوباً أو عنيماً أو خصيماً) أو خنثى إنْ ظَهَرَ حالُهُ، وإلاَّ فنكاحُهُ موقوفٌ، وما في "البحر" و"الأشباه" ليس على ظاهرِهِ،.....

[١٢٠٠٠] (قوله: فيما يجيء) أي: من الأحكام، "ط"^(١).

[١٢٠٠١] (قوله: ولو محبوباً) أي: مقطوع الذَّكَرَ والخصيتين، من الحبِّ وهو القطع، قال في

"الغاية": ((والظاهر أنَّ قطع الخصيتين ليس بشرطٍ في المحبوب))؛ ولذا اقتصر "الإسبيجاني" على قَطْعِ الذَّكَرِ، "ح"^(٢) عن "النهر"^(٣).

[١٢٠٠٢] (قوله: أو خصيماً) بفتح الحاء المعجمة: فَعِيلٌ. بمعنى مفعولٍ، وهو مَنْ سُلِّتْ خُصْمَتَاهُ وبقي ذَكَرُهُ، "ح"^(٤).

[١٢٠٠٣] (قوله: إنْ ظَهَرَ حالُهُ) أي: إنْ ظَهَرَ قبل الخلوة أنَّ هذا الزَّوْجَ الخنثى رجلٌ،

وظهر^(٥) أنَّ نكاحَهُ صحيحٌ فإنَّ وطأه حينئذٍ جائزٌ، فتكونُ الخلوة كالوطء، وإنْ لم يَظْهَرْ فالنكاحُ موقوفٌ لا يُبيحُ الوطء، فلا تكونُ خلوته كالوطء، فافهم.

[١٢٠٠٤] (قوله: وما في "البحر"^(٦)) حيث أطلق صحَّةَ خلوته، ولم يُقيِّد بظهور حالِهِ،

(قوله: والظاهر أنَّ قطع الخصيتين ليس بشرطٍ في المحبوب إلخ) أي: ليس بشرطٍ في تسميته

محبوباً وإنْ كان تفسيرُهُ هنا بمقطوع الذَّكَرِ، والخصيتين هو المناسب هنا؛ إذ يُعلمُ منه حُكْمُ ما إذا كان مقطوع الذَّكَرَ فقط بالأوَّلِ.

(١) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٤/٢.

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٣/ب.

(٣) "النهر" كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٠/ب.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٣/ب.

(٥) ((وظهر)) ساقطٌ من "الأصل".

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٦/٣.

"نهر" ^(١). وفيه: عن "شرح الوهبانية" ^(٢): ((أَنَّ الْعَنَةَ قَدْ تَكُونُ.....

وما في "الأشباه" سَعَرُفُهُ ^(٣).

٣٤٠/٢

[١٢٠٠٥] (قوله: "نهر" ^(٤)) عبارته: ((ويجب أن يراد به من ظهر حاله ^(٥))، أما المشكل ففكاحه موقوف إلى أن يتبين حاله، ولهذا لا يزوجهُ وليه من تحته ^(٦)؛ لأن النكاح الموقوف لا يفيد إباحة النظر، كذا في "النهاية") اهـ، أي: فلا يُبيح الوطاء بالأولى، فلا تصح خلوته كاخلوة بالحائض بل أولى؛ لأنه قبل التبين بمنزلة الأجنبي، ثم قال في "النهر" ^(٧): ((وأفاد في "الميسوط" ^(٨): أَنَّ حَالَهُ يَتَبَيَّنُ بِالْبُلُوغِ، فَإِنْ ظَهَرَتْ فِيهِ عِلَامَةُ الرَّجُلِ وَقَدْ زَوَّجَهُ أَبُوهُ [٣/٩٤ق] امرأة حُكِمَ بِصَحَّةِ نِكَاحِهِ مِنْ حِينَ عَقْدِ الْأَبِ ^(٩)، فَإِنْ لَمْ يَصِلْ إِلَيْهَا أَجَلَ كَالْعَيْنِ، وَإِنْ زَوَّجَ رَجُلًا تَبَيَّنَ بِطَلَانِهِ، وَهَذَا صَرِيحٌ فِي عَدَمِ صَحَّةِ خُلُوتِهِ قَبْلَ ذَلِكَ. وبهذا التقرير عَلِمْتُ أَنَّ مَا نَقَلَهُ فِي "الأشباه" ^(١٠) عن "الأصل": لَوْ زَوَّجَهُ أَبُوهُ رَجُلًا فَوَصَلَ إِلَيْهِ جَارَ، وَإِلَّا فَلَا عِلْمَ لِي بِذَلِكَ، أَوْ امْرَأَةً فَلَبَغَ فَوَصَلَ

(قول "الشارح": وفيه عن "شرح الوهبانية" أَنَّ الْعَنَةَ إلخ) جواب عما يردُّ عن "النهر" حيث قال: ((إنه لو لم يصل إليها بعد بلوغه يجعل كالعين))، وتقرير السؤال أَنَّ الْعَنَةَ فِي كِبَرِ السِّنِّ، وَأَنَّ حَالَهُ وَقَدْ بُلُوغَ شَدَّةٍ شَهْوَةٍ، فكيف يكون عينيًّا؟ فأجاب بأنَّ الْعَنَةَ قَدْ تَكُونُ لِمَرْضٍ إلخ "رحمته".

(١) عبارة "ب" و"و" و"ط": ((كما بسطه في "النهر")).

(٢) "تفصيل عقد الفرائد": فضل من كتاب الطلاق ٩٤ق/أ.

(٣) في المقالة الآتية.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨١/أ.

(٥) في "ب": ((من حاله))، وهو خطأ.

(٦) في "ب": ((تحتته)).

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨١/أ.

(٨) "الميسوط": كتاب الخنثى - حكم تزويجه ١٠٦/٣٠.

(٩) ((عقد الأب)) سقط من "الأصل".

(١٠) "الأشباه والنظائر": الفن الثالث الجمع والفرق. أحكام الخنثى المشكل ص ٣٨٢-٣٨٣.

لمرض، أو ضعف خِلْقَةٍ، أو كِبَرِ سِنٍ)) (في بُتوتِ النَّسَبِ).....

إليها جازَ، وإلَّا أُجِّلَ كالْعَيْنِ ليس على ظاهره، والله الموفق)) اهـ، أي: أنَّ ظاهر ما في "الأشباه" أنه: عَجْرَدٌ وَصُولُ الرَّجُلِ إليه - أي: وطئه له - أو بوصوله إلى المرأة يصحُّ النِّكَاحُ ولو قبل البلوغ وظهور علامة فيه، وأنَّ الوطءَ يَجِلُّ قبل التَّبَيُّنِ، وأنَّ الخلوة به صحيحة، وأنه بعد البلوغ قد يَتَبَيَّنُ حاله وقد لا يَتَبَيَّنُ، مع أنه في "المبسوط" ^(١) جَزَمَ بَتَّبَيُّنِ حاله بالبلوغ، وأنه قبل التَّبَيُّنِ يكونُ نِكَاحُهُ موقوفًا، فهو صريحٌ في عدمِ صحَّةِ الخلوة قبل التَّبَيُّنِ لعدمِ جِلِّ الوطءِ. وفيه نظرٌ، فإنَّ قوله: ((جاز)) معناه: جازَ العَقْدُ لَتَبَيُّنِ حاله بذلك، فقد صرَّحوا بأنَّ ذلك رافعٌ لإشكاله، ولا يَلَزَمُ منه جِلُّ الوطءِ. وقوله: ((وإلَّا فلا عِلْمُ لي بذلك)) أي: إنَّ لم تَظْهَرْ فيه هذه العلامة لا أَحْكَمُ بصحَّةِ العَقْدِ ولا بعديها، بل يتوقَّفُ ذلك على ظُهورِ علامةٍ أخرى، وقولُ "المبسوط": ((إنَّ حاله يَتَبَيَّنُ بالبلوغ)) مبنيٌّ على الغالب، وإلَّا قد صرَّحوا بأنَّه قد يَبْقَى حاله مُشْكَلًا بعده، كما إذا حاضَ مِن فَرْجِ النِّسَاءِ وأَمْنَى من فَرْجِ الرِّجَالِ، وقد يَتَبَيَّنُ حاله قبل البلوغ: كأنَّ يَتَوَلَّى من أحدِ الفرجين دون الآخر فتصحُّ خلوته.

والحاصل: أنَّ تقييدَ صحَّةِ الخلوة بتَّبَيُّنِ حاله ظاهرٌ لعدمِ جِلِّ الوطءِ قبله.

[١٢٠٠٦] (قوله: لمرضٍ إلخ) وكذا السَّحَرُ، وَيُسَمَّى ^(٢) المَعْقُودَ كما سيأتي ^(٣) في بابِه عن "الوهابية".

[١٢٠٠٧] (قوله: في بُتوتِ النَّسَبِ إلخ) الذي حَقَّقَهُ في "البحر" ^(٤) بحثاً ثمَّ رآه منقولاً عن "الخصاف" ^(٥): ((أنَّ الخلوة لم تَقُمْ مَقَامَ الوطءِ إلَّا في حَقِّ تكميلِ المهر ووجوبِ العِدَّةِ))،

(١) "المبسوط": كتاب الخثي - حكم تزويجه ١٠٦/٣٠.

(٢) أي: المسحور.

(٣) المقولة [١٢٩١٩] قوله: ((ولو فات الإمساك بالمعروف)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٥/٣، نقلاً عن "جامع الفصولين" عن "أدب القاضي" للخصاف.

(٥) "أدب القاضي": الباب الثامن والثمانون في المجهوب ١٩٣/٤ بتصرف.

ولو من المَجْبُوبِ (و) في (تَأْكُذِ المَهرِ) المَسْمَى ومَهرِ المِثْلِ بلا تسمية (والتَّفَقُّعِ والسُّكْنَى والعِدَّةَ وحرمة نِكَاحِ أَخْتِهَا وأربعِ سواها).....

قال: ((وما سواه فهو من أحكام العَقْدِ كالتَّسْبِ))، أي: فَإِنَّهُ يَثْبُتُ وَإِنْ لم توجد خِلْوَةٌ أَصلاً كما في تَرْجُوحٍ مَشْرِقِيٍّ مَغْرِبِيٍّ، أو من أحكام العِدَّةِ كالبَقِيَّةِ، والعَجَبُ من صاحب "النَّهْرِ"^(١) حيث تَابَعَ أَخَاهُ في هذا التَّحْقِيقِ، ثُمَّ خَالَفَهُ في النِّظَمِ الآتِي^(٢)، وما ذَكَرَهُ في "الْبَحْرِ" سَبَقَهُ إِلَيْهِ "ابْنُ الشَّحْنَةِ" في "عَقْدِ الْفَرَائِدِ"^(٣)، لَكِنَّهُ أَفَادَ: ((أَنَّ الْمُطَلَّقةَ قَبْلَ الدُّخُولِ لو وَلَدَتْ لِأَقْلٍ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ من حِينَ الطَّلَاقِ ثَبَّتَ نَسَبُهُ لِلتَّيَقُنِ بِأَنَّ الْعُلُوقَ قَبْلَ الطَّلَاقِ، وَأَنَّ الطَّلَاقَ بَعْدَ الدُّخُولِ، وَلَوْ وَلَدَتْهُ لِأَكْثَرِ [٩٤/٣] ب) لَا يَثْبُتُ لَعَدَمِ الْعِدَّةِ، وَلَوْ اخْتَلَى بِهَا فَطَلَّقَهَا يَثْبُتُ وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ))، قال: ((ففي هذه الصُّورَةُ تَكُونُ الْخُصُوصِيَّةُ لِلْخِلْوَةِ)).

[١٢٠٠٨] (قَوْلُهُ: ولو من المَجْبُوبِ) لِإِمْكَانِ إِنْزَالِهِ بِالسَّحَاقِ، وَسَيَأْتِي^(٤) فِي بَابِ الْعَنَيْنِ أَنَّهُ يَثْبُتُ نَسَبُهُ إِذَا حَلَا بِهَا، ثُمَّ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا وَلَوْ جَاءَتْ بِهِ لِسَتَيْنِ.

[١٢٠٠٩] (قَوْلُهُ: وَفِي تَأْكُذِ المَهرِ) أَي: فِي خِلْوَةِ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ، أَمَّا الْفَاسِدُ فَيَجِبُ فِيهِ مَهرُ المِثْلِ بِالْوِطْءِ لَا بِالْخِلْوَةِ كَمَا سَيَذْكَرُهُ^(٥) "المُصَنِّفُ" فِي هَذَا الْبَابِ لِحُرْمَةِ الْوِطْءِ فِيهِ، فَكَانَ كَالْخِلْوَةِ بِالْحَائِضِ.

[١٢٠١٠] (قَوْلُهُ: وَالْعِدَّةُ) وَجُوبُهَا من أَحْكَامِ الْخِلْوَةِ سِوَاءِ كَانَتْ صَحِيحَةً أَمْ لَا، "ط"^(٦)، أَي: إِذَا كَانَتْ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، أَمَّا الْفَاسِدُ فَتَجِبُ فِيهِ الْعِدَّةُ بِالْوِطْءِ كَمَا سَيَأْتِي^(٧).

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٠/أ.

(٢) "در" ص ٤٠٧ - وما بعدها.

(٣) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب النكاح - مسائل الخلو ق ٨٤/أ معزياً إلى "الميسوط".

(٤) المقولة [١٥١١٤] قوله: ((ثبت نسبه)).

(٥) "در" ص ٤٤١ - وما بعدها.

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٥/٢.

(٧) المقولة [١٥٣٧٩] قوله: ((لا توجب العدة)) وما بعدها.

في عِدَّتِهَا (وحرمة نكاح الأُمّة ومراعاة وقت الطّلاق في حقّها) وكذا في وقوع طلاقٍ بائنٍ آخرَ على المختارِ (لا) تكونُ كالوطءِ (في حقِّ) بقية الأحكام.....

[١٢٠١١] (قوله: في عِدَّتِهَا) متعلّق بـ ((نكاح))، والأولى تأخيرُهُ بعدَ قوله: ((وحرمة نكاح الأُمّة))، "ط" (١).

[١٢٠١٢] (قوله: وحرمة نكاح الأُمّة) أي: لو طَلَّقَ الحرّةَ بعدَ الخلوةِ بها لا يصحُّ تزوّجُهُ أُمّةً ما دامت الحرّةُ في العِدّةِ ولو الطّلاقُ بائناً.

[١٢٠١٣] (قوله: ومراعاة وقت الطّلاق في حقّها) بيّنه: أنّ الموطوعة طلاقُها في الحيضِ بدعيٌّ فلا يَحِلُّ، بل يُطَلِّقُها واحدةً في طَهْرٍ لا وطءٍ فيه - وهو أحسنُ - أو ثلاثاً مُتَفَرِّقَةً في ثلاثةِ أَطْهَارٍ لا وطءٍ فيها - وهو حسنُ - بخلافِ غيرِ الموطوعة، فإنَّ طلاقَها واحدةً - ولو في الحيضِ - حَسَنٌ، وإذا كانتِ الْمُخْتَلَى بها كالموطوعة تَوَقَّعتْ طلاقَها بالطَّهْرِ، فلا يَحِلُّ في مُدَّةِ الحيضِ، فافهم.

[١٢٠١٤] (قوله: وكذا في وقوع طلاقٍ بائنٍ آخرَ إلخ) في "البرازية" (٢): ((والمختارُ أَنَّهُ يَقَعُ عليها طلاقُ آخرَ في عِدّةِ الخلوةِ، وقيل: لا)) اهـ.

وفي "الذخيرة": ((وأما وقوع طلاقٍ آخرَ في هذه العِدّةِ فقد قيل: لا يَقَعُ، وقيل: يَقَعُ، وهو أقربُ إلى الصّواب؛ لأنَّ الأحكامَ لَمَّا اختلفتْ يَجِبُ القولُ بالوقوع احتياطاً. ثمَّ هذا الطّلاقُ يكونُ رجعيّاً أو بائناً؟ ذَكَرَ "شيخ الإسلام": أَنَّهُ يَكُونُ بائناً)) اهـ، ومثله في "الوهبائية" و"شرحها" (٣).

والحاصل: أَنَّهُ إِذَا خَلَا بها خلوةً صحيحةً ثُمَّ طَلَّقَهَا طَلْقَةً واحدةً فلا شبهةَ في وقوعِها، فإذا طَلَّقَهَا في العِدّةِ طَلْقَةً أُخْرَى فمقتضى كونِها مُطَلَّقةً قَبْلَ الدُّخُولِ أَنَّ لَا تَقَعُ عَلَيْهَا الثَّانِيَّةُ،

(١) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٥/٢.

(٢) "البرازية": كتاب النكاح - مسائل الخلوة ١٤٢/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب النكاح - مسائل الخلوة ٨٥/ب، معزياً إلى "المحيط" و"الذخيرة".

كالغسل.....

لكن لما اختلفت الأحكام في الخلوة في أنها تارة تكون كالوطء وتارة لا تكون جعلناها كالوطء في هذا، فقلنا بوقوع الثانية احتياطاً لوجودها في العدة، والمطلقة قبل الدخول لا يلحقها طلاق آخر إذا لم تكن معتدة بخلاف هذه.

٣٤١/٢

والظاهر: أن وجه كون الطلاق الثاني بائناً هو الاحتياط أيضاً، [٣/١٩٥ق] ولم يتعرضوا للطلاق الأول، وأفاد "الرحمي": ((أنه بائن أيضاً؛ لأنه طلاق قبل الدخول غير موجب للعدة؛ لأن العدة إنما وجبت لجعلنا الخلوة كالوطء احتياطاً، فإن الظاهر وجود الوطء في الخلوة الصحيحة، ولأن الرجعة حق الزوج، وإقراره بأنه طلق قبل الوطء ينفذ عليه فيقع بائناً وإذا كان الأول لا تعقبه الرجعة يلزم كون الثاني مثله)) اهـ.

ويشير إلى هذا قول "الشراح": ((طلاق بائن آخر))، فإنه يفيد أن الأول بائن أيضاً، ويدل عليه ما يأتي^(١) قريبا من أنه لا رجعة بعده، وسيأتي^(٢) التصريح به في باب الرجعة، وقد علمت مما قررناه أن المذكور في "الدخيرة" هو الطلاق الثاني دون الأول، فافهم.

ثم ظاهر إطلاقهم وقوع البائن أولاً وثانياً وإن كان بصريح الطلاق، وطلاق الموطوء ليس كذلك، فيخالف الخلوة الوطء في ذلك، وأجاب "ح"^(٣): ((بأن المراد التشبيه من بعض الوجوه، وهو أن في كل منهما وقوع طلاق بعد آخر)) اهـ.

وأما الجواب - بأن البائن قد يلحق البائن في الموطوءة - فلا يدفع المخالفة المذكورة، فافهم.

[١٢٠١٥] (قوله: كالغسل) أي: لا يجب الغسل على واحدٍ منهما. عجزد الخلوة بخلاف

الوطء.

(١) المقالة [١٢٠١٩] قوله: ((والرجعة)).

(٢) المقالة [١٤٢٢٥] قوله: ((إن لم يطلق بائناً)).

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/أ.

و(الإحصان، وحرمة البنات، وحلّها للأوّل،.....)

[١٢٠١٦] (قوله: والإحصان) فلو زنى بعد الخلوة الصحيحة لا يلزمه الرّجْمُ لفقْد شرطِ الإحصان وهو الوطء، قال في "عقد الفرائد"^(١): ((وهذا إن لم يفهم أنه خاصٌّ بالرجل))، فهو ساكتٌ عن ثبوت الإحصان لها بذلك، والذي يظهر لي: أنه لا فرقَ بينه وبينها فيه، ولم أقف على نقلٍ فيه صريح، والله أعلم.

قلت: في "البحر"^(٢): ((ولم يُقيموها مقامَ الوطء في حقِّ الإحصان إن تصادقا على عدم الدُّخول، وإن أقرّا به لزمهما حكمه، وإن أقرَّ به أحدهما صدّق في حقِّ نفسه دون صاحبه كما في "المبسوط"^(٣))). اهـ.

[١٢٠١٧] (قوله: وحرمة البنات) أي: لم يُقيموا الخلوة مقامَ الوطء في ذلك، فلو خلا بزوجه بدونِ وطءٍ ولا مسٍّ بشهوةٍ لم تحرم عليه بناتها بخلافِ الوطء، والكلام في الخلوة الصحيحة كما صرّح به في "التبيين"^(٤) و"الفتح"^(٥) وغيرهما، فما حرّره في "عقد الفرائد"^(٦) مما حاصله: ((أنَّ حرمة البناتِ بالخلوةِ الصحيحة لا خلافَ فيها بين "الصّاحين" والخلاف في الفاسدة، قال "الثاني": تحرم، وقال "محمد": لا تحرم))، فهو ضعيفٌ، وما ادّعاء من عدم الخلاف ممنوعٌ كما بسطته في "النهر"^(٧).

[١٢٠١٨] (قوله: وحلّها للأوّل) أي: لا تجلُّ مطلقاً الثّلاث للزوج الأوّل. مجرد خلوة الثّاني، بل لا [ب/٩٥ق/٣] بدّ من وطئه لحديث العسيلة^(٨).

(١) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب النكاح - مسائل الخلوة ق ٨٥/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٥/٣.

(٣) "المبسوط": كتاب النكاح - باب الإحصان ١٥٠/٥.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٤٤/٢.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٩/٣.

(٦) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب النكاح - مسائل الخلوة ق ٨٥/أ - ب.

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٠/ب.

(٨) تقدم نثره ص ١٧ -.

والرَّجْعَةِ، والميراث) وتزويجها كالأبكارِ على المختارِ وغير ذلك، كما نظَّمَهُ صاحب "النَّهر" ^(١) فقال: [بسيط].....

[١٢٠١٩] (قوله: والرَّجْعَةُ) أي: لا يصيرُ مُراجِعاً بالخلوة، ولا رجعةً له بعدَ الطَّلَاقِ الصَّرِيحِ بعد الخلوة، "بحر" ^(٢)، أي: لوقوع الطَّلَاقِ بائناً كما قدَّمناه ^(٣).

[١٢٠٢٠] (قوله: والميراث) أي: لو طَلَّقَهَا وماتَ وهي في عِدَّةِ الخلوة لا تَرِثُ، "بِزَايَةِ" ^(٤). ومثلهُ في "البحر" ^(٥) عن "المجتبى"، وحكى "ابنُ الشَّحْنَةِ" في "عقد الفرائد" ^(٦) قولاً آخرَ: ((أَنَّهَا تَرِثُ وَإِنْ تَصَادَقَا عَلَى عَدَمِ الدُّخُولِ بَعْدَ الْخُلُوعِ))، قال "الرَّحْمَنِيُّ": ((وعلى هذا - أي: ما في "الشَّرح" - لو طَلَّقَهَا في مرضِهِ بعد الخلوة الصَّحِيحَةِ قَبْلَ الوطءِ وماتَ في عِدَّتِهَا لا تَرِثُ، وبه جَزَمَ "الطَّوَاقي" ^(٧) فيما كَتَبَهُ عَلَى هَذَا "الشَّرح"، وأقرَّهُ عَلَيْهِ تَلْمِيزُهُ "حامد أفندي" العُمَادِي ^(٨) مُفْتِي دِمَشق)) اهـ.

[١٢٠٢١] (قوله: وتزويجها كالأبكارِ) كان عليه أن يقول: كَالثَّيِّبَاتِ لِيُوَافِقَ مَا قَبْلَهُ مِنَ المعطوفاتِ، فَإِنَّهَا مِنْ خَوَاصِّ الوطءِ دُونَ الْخُلُوعِ، فالمعنى: أَنَّهَا لَيْسَتْ كَالوَطءِ فِي تَزْوِيجِهَا كَالثَّيِّبَاتِ، بَلْ تُزَوِّجُ كَالْأَبْكَارِ، أَفَادَهُ "ط" ^(٩).

[١٢٠٢٢] (قوله: على المختارِ) وما في "المجتبى": ((مَنْ أَنَّهَا تُزَوِّجُ كَمَا تُزَوِّجُ الثَّيِّبُ)) ضَعِيفٌ كَمَا فِي "البحر" ^(١٠).

[١٢٠٢٣] (قوله: وغير ذلك) أي: غَيْرِ السَّيِّعَةِ الْمَذْكُورَةِ مِنْ زِيَادَةِ أَرْبَعَةِ أُخْرَى فِي النِّظْمِ

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٠/أ - ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٦/٣.

(٣) للمقولة [١٢٠١٩] قوله: ((وكذا في وقوع طلاق بائن آخر إلخ)).

(٤) "الزَّيَاة": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر ١٤٢/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٦/٣.

(٦) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب النكاح - مسائل الخلوة ق ٨٥/ب، معزياً إلى "الجمع والتفريق".

(٧) تقدمت ترجمته ١٤١/١.

(٨) حامد بن علي بن إبراهيم المعروف بالعمادي الدمشقي (ت ١١٧١هـ). ("سلك الدرر" ١١/٢، "هدية العارفين" ٢٦١/١).

(٩) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٥/٢.

(١٠) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٦/٣.

وخلوة الزوج مثل الوطء في صور
تكميل مهر وإعداد كذا نسب
وأربع وكذا قالوا الإمام ولقد
وغيره وبهذا العقد تحصيل
إنفاق سُكنى ومنع الأخت مقبول
راعوا زماناً.....

المذكور، وهي: ((سقوط الوطء، والفسيء، والتكفير، وعدم فساد العباد))، وبقي مسألتان أيضاً لم يذكرهما لعدم تسليمهما، وهما أنَّ الخلوة لا تكون إجازة للنكاح الموقوف عند بعضهم، وأنَّ المرأة لا تمنع نفسها للمهر بعدها عندهما، أمَّا عند "أبي حنيفة" فلها المنع بعد حقيقة الوطء كما أفاده في "البحر" ^(١)، وزاد في "الوهابية" ^(٢) أيضاً بقاء عتة العين، ويمكن دخولها في النظم كما يأتي ^(٣).

[١٢٠٢٤] (قوله: وغيره) بالرفع عطفاً على ((مثل))، والضَّميرُ للوطء، "ح" ^(٤)، أي: ومُغايرةً للوطء في إحدى عشرة مسألة.

[١٢٠٢٥] (قوله: وبهذا العقد تحصيل) جملةٌ من مبتدأٍ وخبرٍ، و((العقد)) بكسر العين، شبه الشعر المنظوم بعقد الدر المنظوم.

[١٢٠٢٦] (قوله: تكميل مهر إلخ) بيانٌ لصور الماثلة.

[١٢٠٢٧] (قوله: وإعداد) بالكسر، والمراد به العدة.

[١٢٠٢٨] (قوله: وأربع) بالجر عطفاً على ((الأخت)).

[١٢٠٢٩] (قوله: الإمام) جمع أمّة، وقصره للضرورة، ولو أسقطَ لأم ((ولقد)) استغنى عن

قصره.

(قوله: وأنَّ المرأة لا تمنع نفسها إلخ) الأصوب حذف ((لا)) ^(٥) النافية حتى يستقيم الكلام، تأمل.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٦/٣.

(٢) انظر "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب النكاح ق ٨٤/ب.

(٣) للمقولة [١٢٠٣٨] قوله: ((ما فسدت عبادة)).

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/أ.

(٥) نقول: بل الصواب إثبات (لا) لا حذفها؛ لأنَّ قول الصاحبين صريحٌ في أنَّه ليس للمرأة أن تمنع نفسها للمهر بعدما خلاها

برضاها، وهي كثيرة خلافاً لأبي حنيفة القائل: بأنَّ لها أن تمنع نفسها. انظر "البحر": ١٦٦/٣ و ٩١١، وانظر للمقولة: [١٢١٩٤].

.....
وأوقَعُوا فِيهِ تَطْلِقًا إِذَا لَحَقًا
وَقِيلَ: لَا، وَالصَّوَابُ الْأَوَّلُ الْقَبِيلُ
وَرَجَعَتْ وَكَذَا التَّوْرِيثُ مَعْقُولٌ^(١)
تَحْرِيمُ بِنْتِ نِكَاحِ الْبِكْرِ مَبْذُولُ
سُقُوطُ وَطْءٍ وَإِحْلَالُهَا وَكَذَا

[١٢٠٣٠] (قوله: فِرَاقٌ فِيهِ تَرْحِيلُ) المرادُ به الطَّلَاق. اهـ "ح"^(٢). وأمَّا التَّرحِيلُ فهو من تَرَحَّلَ الْقَوْمُ عَنِ الْمَكَانِ: انْتَقَلَوْا، أَي: طَلَّاقٌ فِيهِ نَقْلُ الزَّوْجَةِ مِنْ بَيْتِهِ أَوْ مِنْ عَصْمَتِهِ، فَافْهَم.
[١٢٠٣١] (قوله: وَأَوْقَعُوا فِيهِ) أَي: فِي الْإِعْدَادِ. مَعْنَى الْعِدَّةِ. اهـ "ح"^(٣). فَالضَّمِيرُ عَائِدٌ عَلَى مَذْكُورٍ، وَهُوَ الْإِعْدَادُ [١/٩٦ق/٣] الْمَذْكُورُ فِي الْبَيْتِ الثَّانِي، فَافْهَم.
[١٢٠٣٢] (قوله: إِذَا لَحَقًا) الضَّمِيرُ لِلتَّطْلِيقِ وَالْأَلْفُ لِلْإِطْلَاقِ. اهـ "ح"^(٤). وَالْمُرَادُ بِلَحَاقِهِ وَقَعُهُ فِي الْعِدَّةِ بَعْدَ طَلَّاقِ سَابِقٍ عَلَيْهِ.

[١٢٠٣٣] (قوله: الْقَبِيلُ) بَدَلٌ مِنْ ((الْأَوَّلُ))، "ح"^(٥).

[١٢٠٣٤] (قوله: وَرَجَعَتْ) أَي: فِي صَوْرَتَيْنِ كَمَا قَدْ مَنَاهُ^(٦) فِي قَوْلِهِ: ((وَالرَّجْعَةُ)).

[١٢٠٣٥] (قوله: سُقُوطُ وَطْءٍ) أَي: مَا يَلْزَمُهُ فِيهِ الْوَطْءُ لَا يَسْقُطُ بِالْخُلُوعِ، فَحَقُّ الزَّوْجَةِ فِي الْقَضَاءِ الْوَطْءُ مَرَّةً وَاحِدَةً، وَلَا يَسْقُطُ عَنْهُ بِالْخُلُوعِ، وَكَذَا الْعَيْنُ إِذَا اخْتَلَى بِهَا لَا يَسْقُطُ عَنْهُ الْوَطْءُ بِهَا، فَلِلزَّوْجَةِ طَلَبُ التَّفْرِيقِ، وَعَلَى هَذَا الْحَلِّ يُسْتَغْنَى عَنْ ذِكْرِ بَقَاءِ الْعِدَّةِ الْمَذْكُورِ فِي "الْوَهَابِيَّةِ"، لَكِنْ يُسْتَغْنَى بِهِ أَيْضًا عَنْ ذِكْرِ الْفَيْءِ الْآتِي، فَكَانَ الْأَوَّلَى ذَكَرَهُمَا مَعًا أَوْ إِسْقَاطَهُمَا مَعًا، تَأْمَلْ.

(١) عبارة "النهر": ((مقبول)) بدل ((معقول)).

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/أ.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/أ.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/أ.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/أ.

(٦) المقولة [١٢٠١٩] قوله: ((وَالرَّجْعَةُ)).

كَذَلِكَ الْفَيءُ وَالتَّكْفِيرُ مَا فَسَدَتْ عِبَادَةٌ وَكَذَا بِالْغُسْلِ تَكْمِيلُ

[١٢٠٣٦] (قوله: كذلك الفَيءُ) يعني: إن آلى منها ثم وَطئَهَا في المَدَّةِ كَانَ فَيءًا، وإن خلا بها لا. اهـ "ح" (١).

[١٢٠٣٧] (قوله: التَّكْفِيرُ) يعني: إن وَطئَ في نهارِ رمضانَ فعليه الكَفَّارَةُ، وإن خلا بها لا. اهـ "ح" (٢).

وفي "النهر" (٣): ((وَعَدُ التَّكْفِيرِ هُنَا مَا لَا يَنْبَغِي؛ إِذِ الْكَلَامُ فِي الْخُلُوةِ الصَّحِيحَةِ، وَصَوْمُ الْأَدَاءِ يُفْسِدُهَا كَمَا مَرَّ))، "ط" (٤).

[١٢٠٣٨] (قوله: مَا فَسَدَتْ عِبَادَةٌ) ((مَا)) نافيةٌ، يعني: إن وَطئَهَا في عِبَادَةٍ يُفْسِدُهَا الْوُطْءُ فَسَدَتْ، وإن خلا بها لا. اهـ "ح" (٥).

وَيَرَدُّ عَلَيْهِ مَا وَدَّ عَلَى سَابِقِهِ، فَإِنَّ مَا يُفْسِدُ بِالْوُطْءِ كَالْإِحْرَامِ وَالصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ وَالْاِعْتِكَافِ الْمَنْدُورِ يُفْسِدُ الْخُلُوةَ، وَالْكَلَامُ فِي الصَّحِيحَةِ، إِلَّا أَنْ يُمَثَّلَ. بِمَا لَا يُفْسِدُ الْخُلُوةَ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ كَصَوْمٍ غَيْرِ الْأَدَاءِ وَصَلَاةٍ النَّافِلَةِ، تَأْمَلْ.

وَالْحَاصِلُ: أَنَّهُ يَنْبَغِي إِسْقَاطُ التَّكْفِيرِ وَفَسَادِ الْعِبَادَةِ، وَزِيَادَةُ فَقْدِ الْعِنَةِ، فَتَصِيرُ الْأَحْكَامُ الَّتِي خَالَفَتْ الْخُلُوةَ فِيهَا الْوُطْءَ عَشْرَةً، وَقَدْ نَظَّمْتُهَا فِي بَيْتَيْنِ مُقْتَصِرًا عَلَيْهَا لِلْعِلْمِ بِأَنَّ مَا سِوَاهَا لَا يُخَالِفُ فِيهَا الْخُلُوةَ الْوُطْءَ، فَقُلْتُ: [طويل]

وخلوتُهُ كالوُطْءِ فِي غَيْرِ عَشْرَةٍ
وفِيءٍ وَارِثٍ رَجَعَةٍ فَقَدْ عِنَّةٌ
مُطَالِبَةٌ بِالْوُطْءِ إِحْصَانِ تَحْلِيلِ
وتَحْرِيمِ بَنَتِ عَقْدٍ بِكَرٍ وَتَغْسِيلِ

(١) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/أ.

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/أ.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٠/ب.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٥٦/٢.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/أ.

(ولو افترقا فقالت: بعد الدُّخول، وقال الزوج: قبل الدُّخول فالقول لها) لإنكارها سقوط نصف المهر.....

[١٢٠٣٩] (قوله: فقالت: بعد الدُّخول) يُطلق الدُّخول على الوطء وعلى الخلوة المحرَّدة، والتبادر منه الأول، والمراد هنا الاختلاف في الخلوة مع الوطء، أو في الخلوة المحرَّدة لا في الوطء مع الاتفاق على الخلوة؛ لأن الخلوة مؤكدة لتمام المهر، فلو كان الاختلاف بينهما في الوطء مع الاتفاق على الخلوة لم تظهر ثمرة للاختلاف.

[١٢٠٤٠] (قوله: فالقول لها لإنكارها سقوط نصف المهر) كذا في "القنية" ^(١) [٣/٩٦ق/ب] لـ "الزاهدي"، ونظمه "ابن وهبان" ^(٢)، وقال في "شرحيه": ((إنه تتبع هذا الفرع فما ظفر به، ولا وجد ما يناقضه، وجهه ما شئ على القواعد؛ لأن القول للمُنكر)) اهـ.

قلت: رأيت في "حاوي الزاهدي" أيضاً، وحكى فيه قولين، فذكر ما مر ^(٣) معزياً إلى "المحيط" ^(٤) وكتاب آخر، ثم عزا إلى "الأسرار": ((أن القول قوله؛ لأنه يُنكر وجوب الزيادة على النصف)) اهـ. ويظهر لي أرجحية القول الأول، ولذا جزم به "المصنف"، وذلك أن المهر يجب بنفس العقد، والدُّخول أو الموت مؤكَّد له، والطلاق قبلهما مُنصف له، فسبب وجوب الكل مُتحقِّق، والمُصنَّف له عارض، والمرأة تُنكر ذلك العارض وتمسك بالسبب المحقِّق الموجب للكل، ولذا تثبت لها المطالبة بتمام المهر قبل الدُّخول، ولا يعود نصف المهر المقبوض إلى ملكه بالطلاق قبل الدُّخول إلا بالقضاء أو الرضا، ولا ينفذ تصرفه فيه قبل ذلك، وينفذ تصرف المرأة فيه، والزواج وإن أنكر الزيادة على النصف لكنه مُقرِّ بسببها، كما لو أقر بالغصب وادعى الردَّ وكذَّبه المالك، فدَعَوَاهُ الردَّ إنكاراً للضمان بعد الإقرار بسببهِ فلا يقبل، تأمل.

(١) "القنية": كتاب النكاح - باب في المهور ٣٥/أ.

(٢) "الوهبانية": فصل من كتاب النكاح ص ٢٣ - (هامش "المنظومة المحية").

(٣) في المقولة نفسها.

(٤) "المحيط البرهاني": كتاب النكاح - الفصل العشرون في الخصومات الواقعة بين الزوجين ١/٢١٧ب بتصرف.

وإن أنكر^(١) الوطء، ولو لم تمكنه في الخلوة فإن بكراً صححت وإلا لا؛ لأن البكر إنما توطأ كرهاً كما بحثه "الطرسوسي"، وأقره "المصنف"^(٢).
(ولو قال: إن خلوت بك فأنت طالق فخلا بها طلقت).....

[١٢٠٤١] (قوله: وإن أنكر الوطء) كذا في كثير من النسخ، وكان المناسب أن يقول: ((وإن أنكر الدخول))؛ لما قررناه من أن الاختلاف بينهما ليس في الوطء مع الاتفاق على الخلوة، وليكون إشارة إلى رد ما قاله في "الأسرار"، أي: أن إنكاره لا يعتبر؛ لأنه في الحقيقة مدع لسقوط النصف بالعارض على السبب الموجب للكل، فكان إنكارها هو المعتبر، وفي بعض النسخ: ((وإن أنكرت)) بالتاء، والمعنى: أن القول لها وإن أنكرت أنه لم يطأها في هذا الدخول الذي ادعته، لكن الأولى أن يقول: ((وإن اعترفت بعدم الوطء))؛ لأنه لم يدع الوطء حتى يقابل بإنكارها له.
[١٢٠٤٢] (قوله: إنما توطأ كرهاً) لأنها تستحي بالطبع، فلم تكن بالامتناع مختارة لعدم تأكل المهر بخلاف الثيب؛ لأن امتناعها يدل على اختيارها لعدم تأكل المهر.

[١٢٠٤٣] (قوله: كما بحثه "الطرسوسي") أي: في "أنفع الوسائل"، والبحث في التفصيل المذكور، فإن "الطرسوسي" نقل أولاً عن "الذخيرة": ((إذا خلا بها ولم تمكنه من نفسها اختلف المتأخرون فيه))، قال: ((وفي طلاق "النوازل": عليه نصف المهر))، ثم ذكر هذا التفصيل وقال: ((قلته على وجه الثقة، ولم أظفر فيه بنقل))، والظاهر: أنه أراد به التوفيق بين القولين، وذكر أيضاً: ((أن هذا إذا صدقته في ذلك، فلو كذبت فالحق^(٣) قولها [١/٩٧/٣] يمينها؛ لأنها منكرة)).
[١٢٠٤٤] (قوله: وأقره "المصنف") أي: تبعاً لشيخه صاحب "البحر"^(٤).

[١٢٠٤٥] (قوله: فخلا بها) أي: خلوة صحيحة؛ لأنها المتبادر من لفظ الخلوة. اهـ "ح"^(٥)،

(١) في "د": ((أنكرت)).

(٢) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام المهر ١/ق ١٢٥/أ.

(٣) ((فالقول)) ساقطة من "الأصل".

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٥/٣.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ١/١٦٤.

بائناً؛ لوجود الشرط (ووجب نصف المهر) ولا عِدَّة عليها، "بَرَازِيَّة".....

أي: في قول الخالف: ((إِنْ خَلَوْتُ بَلَى))، فَيُرَادُ بِهَا: الْخَالِيَةُ عَمَّا يَمْنَعُهَا أَوْ يُفْسِدُهَا مِمَّا مَرَّ^(١)، والمراد ما يُفْسِدُهَا مِنْ غَيْرِ التَّعْلِيقِ؛ لِأَنَّ مَرَّ^(٢) عَنْ "الْبَحْرِ": ((مَنْ أَنَّ هَذَا التَّعْلِيقُ مُفْسِدٌ لَهَا))، فَهُوَ نَظِيرُ قَوْلِهِمْ: الْخُلُوءُ الصَّحِيحَةُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ كَالْخُلُوءِ الْفَاسِدَةِ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ، مَعَ أَنَّهَا فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ فَاسِدَةٌ كَمَا ذَكَرَهُ فِي "الْبَحْرِ"^(٣)، فالمراد بالصَّحِيحَةِ فِيهِ: الْخَالِيَةُ عَمَّا يُفْسِدُهَا سِوَى فَسَادِ النِّكَاحِ، فَافْهَم.

٣٤٣/٢

[١٢٠٤٦] (قَوْلُهُ: بَائِنًا) لِتَصْرِيحِهِمْ أَنَّ الطَّلَاقَ الْوَاقِعَ بَعْدَ الْخُلُوءِ الصَّحِيحَةِ يَكُونُ بَائِنًا، "مَنْح"^(٤)، أَي: فَهِنَّ أَوَّلَى لِعَدَمِ صَحَّتِهَا، فَإِنَّهَا لَا تُمَاتِلُ الْوَطْءَ إِلَّا فِي وَجُوبِ الْعِدَّةِ، "ط"^(٥).
[١٢٠٤٧] (قَوْلُهُ: لَوْجُودُ الشَّرْطِ) عِلَّةٌ لـ ((طَلَّقْتُ))، وَأَمَّا عِلَّةُ كَوْنِهِ بَائِنًا فَهِيَ مَا قَدَّمَاهُ^(٦) عَنْ "الْمَنْحِ"، أَفَادَهُ "ح"^(٧).

[١٢٠٤٨] (قَوْلُهُ: وَوَجِبَ نِصْفُ الْمَهْرِ) فِي بَعْضِ النُّسخِ بَعْدَ هَذَا زِيَادَةٌ، وَهِيَ: ((لِعَدَمِ الْخُلُوءِ الْمُمْكِنَةِ مِنَ الْوَطْءِ)) اهـ، أَي: لِأَنَّهَا بَائِنَةٌ بِمَجَرَّدِ الْخُلُوءِ، فَكَانَ غَيْرَ مُتِمِّكِنٍ مِنَ الْوَطْءِ شَرْعًا.
[١٢٠٤٩] (قَوْلُهُ: وَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا) قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٨): ((وَسِيَائِي وَجُوبُهَا فِي الْخُلُوءِ الْفَاسِدَةِ عَلَى الصَّحِيحِ، فَتَجِبُ الْعِدَّةُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ احْتِياطًا)) اهـ.

وَاعْتَرَضَهُ "الْخَيْرُ الرَّمْلِيُّ" بِقَوْلِهِ: ((كَيْفَ الْقَطْعُ بِوُجُوبِهَا مَعَ مُضَادَّتِهِ لِلنَّقْلِ؟! عَلَى أَنَّ هَذِهِ

(١) "دُر" ص ٣٨٧ - وما بعدها.

(٢) الْمُقُولَةُ [١١٩٨٩] قَوْلُهُ: ((وَبَقِيَ الْخ)).

(٣) "الْبَحْرِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٨١/٣ نَقْلًا عَنْ "الْجَوْهَرَةِ".

(٤) "الْمَنْحِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١/١٢٥ بِتَصْرِفٍ.

(٥) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٥٦/٢.

(٦) فِي الْمُقُولَةِ السَّابِقَةِ.

(٧) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١/١٦٤.

(٨) "الْبَحْرِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٦٤/٣.

(وتحبُّ العِدَّةُ.....)

مُطْلَقَةً قَبْلَ الدُّخُولِ، فَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ، وَالْخُلُوءُ بِالْأَجْنَبِيَّةِ لَا تُوجِبُ الْعِدَّةَ، فَلَيْسَتْ مِنْ قِسْمِ الْخُلُوءِ الصَّحِيحَةِ وَلَا الْفَاسِدَةِ، فَتَأْمَلُ، وَانْظُرِي إِلَى قَوْلِهِمْ: إِنَّمَا تَقَامُ مُقَامُ الْوَطْءِ إِذَا تَحَقَّقَ التَّسْلِيمُ)) اهـ.

أَقُولُ: التَّسْلِيمُ مِنْهَا مَوْجُودٌ، وَلَكِنْ عَاقِبَةُ مَانِعٍ مِنْ جِهَتِهِ وَهُوَ التَّعْلِيقُ كَالْعَيْنِ، وَكَمَا لَوْ دَخَلَ عَلَيْهَا فَأَحْرَمَ بِالْحَجِّ أَوْ بِالصَّلَاةِ، وَكَوْنُهَا خُلُوءًا بِأَجْنَبِيَّةٍ مَمْنُوعٌ؛ لِأَنَّ الْخُلُوءَ شَرْطُ الطَّلَاقِ، وَإِنَّمَا يَقَعُ بَعْدَ وَجُودِ شَرْطِهِ كَمَا لَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ: إِنَّ تَزَوَّجْتُكَ فَأَنْتَ طَالِقٌ، فَوْقَ غُ الطَّلَاقِ دَلِيلٌ تَحَقُّقِ الْخُلُوءِ؛ إِذْ لَوْلَاهَا لَمْ يَقَعِ، غَيْرَ أَنَّهُ وَجِدَ بَعْدَ تَحَقُّقِهَا مَانِعٌ مِنْ جِهَتِهِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَتَصَرُّعُهُمْ بِوُجُوبِ الْعِدَّةِ بِالْخُلُوءِ الْفَاسِدَةِ عَلَى الصَّحِيحِ شَامِلٌ لِهَذِهِ الصُّورَةِ، فَقَوْلُ "الْبِرَازِيَّةِ" ^(١): ((لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا)) مَبْنِيٌّ عَلَى خِلَافِ الصَّحِيحِ، فَهُوَ مُضَادَّةٌ نَقَلَ بِنَقْلِ أَصَحِّ مِنْهُ، فَانْهَمِ.

[١٢٠٥٠] (قَوْلُهُ: وَتَحِبُّ الْعِدَّةُ) ظَاهِرُهُ الْوُجُوبُ قَضَاءً وَدِيَانَةً، وَفِي "الْفَتْحِ" ^(٢): ((قَالَ "الْعَتَائِي": تَكَلَّمَ [٣/٩٧ق/ب] مَشَاهِينًا فِي الْعِدَّةِ الْوَاجِبَةِ بِالْخُلُوءِ الصَّحِيحَةِ أَنَّهَا وَاجِبَةٌ ظَاهِرًا أَوْ حَقِيقَةً فَقِيلَ: لَوْ تَزَوَّجَتْ وَهِيَ مُتَيَقِّنَةٌ بَعْدَ الدُّخُولِ حَلَّ لَهَا دِيَانَةٌ لَا قَضَاءً)).

(قَوْلُهُ: وَتَصَرُّعُهُمْ بِوُجُوبِ الْعِدَّةِ بِالْخُلُوءِ الْخ) فِيهِ: أَنَّ تَصَرُّعَهُمْ عَمَّا ذُكِرَ لَا يُنَافِي فِرْعَ "الْبِرَازِيَّةِ" لَعَدَمِ شُمُولِهِ لَهُ؛ فَإِنَّهُ فِي خُلُوءٍ لَمْ تُصَيِّفْ بِالصَّحَّةِ أَصْلًا بَلْ اتَّصَفَتْ بِالْفَسَادِ مِنْ ابْتِدَاءِ وَجُودِهَا، وَفِرْعُ "الْبِرَازِيَّةِ": وَجِدَتْ الْخُلُوءَ فِيهِ صَحِيحَةٌ ثُمَّ قَسَدَتْ، وَمَعْنَى قَوْلِ "الْبَحْرِ": ((أَنَّ هَذَا التَّعْلِيقَ مُفْسِدٌ لَهَا)) أَنَّهُ مُفْسِدٌ لَهَا بَقَاءً بَعْدَ تَحَقُّقِ صَحَّتِهَا وَالْأَمْرُ يَقَعُ الطَّلَاقُ، فَلَمْ يَوْجَدْ مَا يُصَادِمُ نَقْلَهَا فَعَلِينَا اتِّبَاعَهُ حَيْثُ لَمْ يَوْجَدْ مَا يُخَالِفُهُ، تَأْمَلِ.

(قَوْلُهُ: فَقِيلَ: لَوْ تَزَوَّجَتْ وَهِيَ مُتَيَقِّنَةٌ الْخ) قَالَ "سَعْدِي جَلِّي" فِي "حَوَاشِي الْبِيضَاوِيِّ": ((يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ التَّعْوِيلُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ، ثُمَّ لَا يَخْفَى أَنَّ عَدَمَ وَجُوبِ الْعِدَّةِ فِي الطَّلَاقِ بَعْدَ الْخُلُوءِ مِمَّا يُعَدُّ مَنْطُوقًا صَرِيحًا فِي الْآيَةِ إِذَا فُسِّرَ الْمَسُّ بِالْجِمَاعِ، وَلَيْسَ مِنْ بَابِ الْمَفْهُومِ حَتَّى يَقَالُ: إِنَّا لَا نَقُولُ بِهِ كَمَا يُتَوَهَّمُ فَلَا بُدَّ لِإِتْبَاعِ وَجُوبِ الْعِدَّةِ مِنْ دَلِيلٍ، قَالَ فِي "رُوحِ الْمُعَانِي" - مِنْ سُورَةِ الْأَحْزَابِ بَعْدَمَا تَقَدَّمَ -: ((وَبِالْجَمْلَةِ الْقَوْلُ: بِأَنَّ ظَاهَرَ الْآيَةِ يَقْتَضِي عَدَمَ وَجُوبِ الْعِدَّةِ بِمَحْزَرِ الْخُلُوءِ قَوْلَ مُتَيْنٍ، وَحَقٌّ مَبْنِيٌّ)) اهـ.

(١) "البرازية": كتاب النكاح - مسائل الخلو ٤/١٤٢.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٣/٢١٩.

في الكلّ) أي: كلّ أنواع الخلوة ولو فاسدة (احتياطاً) أي: استحساناً لتوهم الشغل (وقيل) - قائله "القدوري"، واختاره "التمرتاشي" و"قاضي خان"^(١) -: (إن كان المانع شرعياً) كصوم (تجب) العدة (وإن كان (حسباً)^(٢)) كصغيرٍ ومريضٍ مُدْنِفٍ (لا) تجب، والمذهب الأول؛.....

[١٢٠٥١] (قوله: في الكلّ إلخ) هذا في النكاح الصحيح، أمّا النكاح الفاسد لا تجب العدة في الخلوة فيه بل بحقيقة الدخول، "فتح"^(٣).

[١٢٠٥٢] (قوله: لتوهم الشغل) أي: شغل الرّجَم نظراً إلى التمكن الحقيقي، وكذا في الجوب لقيام احتمال الشغل بالسحق، وهي حق الشرع وحق الولد، ولذا لا تسقط لو أسقطها، ولا يحل لها الخروج ولو أذن لها الزوج، وتتداخل العدتان، ولا يتداخل حق العبد، "فتح"^(٤)، وتمامه في "المعراج".

[١٢٠٥٣] (قوله: واختاره "التمرتاشي" إلخ) وجرّم به في "البدائع"^(٥)، قال في "الفتح"^(٦): ((ويؤيده ما ذكره "العتابي"))).

[١٢٠٥٤] (قوله: تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة، "فتح"^(٧)).

[١٢٠٥٥] (قوله: كصغيرٍ ومريضٍ مُدْنِفٍ) قال في "الفتح"^(٨): ((الأوجه على هذا القول أن يخص الصغير بغير القادر والمرض بالمُدْنِف؛ لثبوت التمكن حقيقة في غيرهما)) اهـ.

(١) "الخاتمة": كتاب الطلاق - باب العدة ٥٤٩/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) في "د": ((حقيقاً)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٩/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٩/٣.

(٥) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يتأكد به المهر ٢٩٤/٢.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٩/٣.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٩/٣.

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٩/٣.

لأنه نصٌ "محمدٍ"، قاله "المصنف". وفي "المجتبى": ((الموتُ أيضاً كالوطءِ في حقِّ العِدَّةِ والمهرِ فقط، حتَّى لو ماتت الأمُّ قبل دخوله^(١) بها حلَّتْ بنتُها)).....

قلت: ونصٌّ على التقييدِ بالمُدفِنِ في "جامع الفصولين"^(٢)، وفي "القاموس"^(٣): ((دنفَ المريضُ كَفَرَحَ: نَقَلَ)).

[١٢٠٥٦] (قوله: لأنه نصٌ "محمدٍ") أي: في كتابه "الجامع الصغير"^(٤) الذي رَوَى مسائلهُ عن "أبي يوسف" عن "الإمام" صاحبِ المذهب.

[١٢٠٥٧] (قوله: قاله "المصنف")^(٥) أي: تبعاً لشيخه في "البحر"^(٦)، وأقرّه في "النهر"^(٧) و"الشُرُنْبِلَالِيَّة"^(٨).

[١٢٠٥٨] (قوله: الموتُ أيضاً) أي: كما أنَّ الخلوةَ كالوطءِ فيهما، والمرادُ الموتُ قبل الدُخُولِ، أي: موتُ الرَّجُلِ بالنسبةِ للعِدَّةِ، وموتُ أَيْمَها كان بالنسبةِ للمهرِ كما أفادَهُ "ح"^(٩).

[١٢٠٥٩] (قوله: في حقِّ العِدَّةِ والمهرِ) أي: إذا ماتَ عنها لَزِمَها عِدَّةُ الوفاةِ، واستَحَقَّتْ جميعُ المهرِ الموطوءِ.

[١٢٠٦٠] (قوله: فقط) هو معنى قولِ "المجتبى": ((وفيما سواهما كالْعَدَمِ)).

قلت: ولا يقال: إنه يُعطى حكمهُ أيضاً في الإرث؛ لأنَّ الإرثَ من أحكامِ العَقْدِ، فلذا تحقَّقَ قَبْلَ الخلوةِ التي هي دونُ الوطءِ، فافهم.

[١٢٠٦١] (قوله: حلَّتْ بنتُها) أي: كما تحلُّ بعد الخلوةِ الصَّحِيحَةِ، فلا تحرُّمٌ إلَّا بحقيقةِ

(١) في "و": ((دخول)).

(٢) "جامع الفصولين": الفصل العشرون في دعوى النكاح والمهر والنفقة ودعوى الجهاز وما يتعلق به ٢٧٠/١.

(٣) "القاموس": مادة ((دنف)).

(٤) "الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب في المهور ص ١٨٦-١٨٧.

(٥) "المنهاج": كتاب النكاح - باب المهر ١/١٢٥ أ.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٦٦.

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١/١٨١ أ.

(٨) "الشُرُنْبِلَالِيَّة": كتاب النكاح - باب المهر ١/٣٤٤.

(٩) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ١/١٦٤ ب.

(قَبَضَتْ أَلْفَ الْمَهْرِ، فَوَهَبَتْهُ لَهُ وَطَلَّقَتْ قَبْلَ وَطْءِ رَجَعٍ عَلَيْهَا) (بِنَصْفِهِ) لِعَدَمِ تَعْيِينِ النُّقُودِ فِي الْعُقُودِ (وَأِنْ لَمْ تَقْبِضْهُ.....

الوطء على ما مر^(١).

[١٢٠٦٢] (قوله: فَوَهَبَتْهُ لَهُ) ذَكَرَ الضَّمِيرُ لِأَنَّ ((الْألف)) مُذَكَّرٌ لَا يَجُوزُ تَأْنِيثُهُ كَمَا فِي "ط"^(٢) عَنْ "المصباح"^(٣)، وَكَذَا لَوْ وَهَبَتْ نَصْفَهُ، "فتح"^(٤).

[١٢٠٦٣] (قوله: قَبْلَ وَطْءٍ) أَي: وَخُلُوعٍ، "نهر"^(٥). وَهِيَ وَطْءٌ حَكَمًا كَمَا مَرَّ^(٦).

[١٢٠٦٤] (قوله: لِعَدَمِ تَعْيِينِ النُّقُودِ فِي الْعُقُودِ) وَلِذَا لَوْ أَشَارَ فِي النِّكَاحِ إِلَى دِرَاهِمٍ كَانَ لَهُ أَنْ يُمَسِّكَهَا وَيُدْفَعَ مِثْلَهَا جَنْسًا وَنَوْعًا وَقَدْرًا وَصِفَةً، وَلَوْ لَمْ تَهَبْ شَيْئًا وَطَلَّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ [٩٨ق/٣] كَانَ لَهَا إِمْسَاكُ الْمُقْبُوضِ وَدَفْعُ غَيْرِهِ، وَلِذَا تَرَكِي الْكُلَّ، وَتَمَامُهُ فِي "النَّهْرِ"^(٧).

وَالْحَاصِلُ: أَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِ بِالْهَبَةِ عَيْنٌ مَا يَسْتَحِقُّهُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَهُوَ نِصْفُ الْمَهْرِ، "منح"^(٨).

(قَوْلُ "الشَّارَحِ": لِعَدَمِ تَعْيِينِ النُّقُودِ فِي الْعُقُودِ) قَالَ "الزَّيْلَعِيُّ": ((لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ قَدْ لَا تَعْيِينُ فِي الْعَقْدِ فَكَذَا فِي الْفَسْخِ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ يَرُدُّ عَلَى عَيْنٍ مَا وَرَدَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ، وَكَذَا إِذَا كَانَ الْمَهْرُ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا آخَرَ فِي الذِّمَّةِ؛ لِعَدَمِ تَعْيِينِهَا)) اهـ.

(١) المَقُولَةُ [١١٢٦٣] قَوْلُهُ: ((بِنت زَوْجَتِهِ الْمَوطُوءَةَ)).

(٢) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٥٧/٢.

(٣) "المصباح": مَادَّةُ ((أَلْفَ)).

(٤) "الفتح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٢٢٦/٣.

(٥) "النهر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٨١ق/ب.

(٦) المَقُولَةُ [١١٩٣٩] قَوْلُهُ: ((أَنَّهُ وَطِئَ الزَّوْجَ)).

(٧) انْظُرْ "النهر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٨١ق/ب.

(٨) "المنح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١/١٢٥ ق/ب بِتَصْرِفٍ.

أَوْ قَبَضَتْ نَصْفَهُ فَوَهَبَتْهُ^(١) الْكُلَّ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى (أَوْ مَا بَقِيَ) وَهُوَ النِّصْفُ فِي
الثَّانِيَةِ (أَوْ) وَهَبَتْ^(٢) (عَرَضَ الْمَهْرِ) كَثُوبٍ مُعَيَّنٍ أَوْ فِي الذِّمَّةِ (قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ
لَا) رَجُوعٌ.....

[١٢٠٦٥] (قَوْلُهُ: أَوْ قَبَضَتْ نَصْفَهُ) احْتَزَّازٌ عَمَّا لَوْ قَبَضَتْ أَكْثَرَ مِنَ النِّصْفِ، فَإِنَّهَا^(٣) تَرُدُّ
عَلَيْهِ مَا زَادَ عَلَى النِّصْفِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَبَضَتْ الْأَقْلَ وَوَهَبَتْهُ الْبَاقِي، فَهُوَ مَعْلُومٌ بِالْأُولَى،
"بِحَرْ"^(٤)، أَي: لَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا شَيْءٌ.

[١٢٠٦٦] (قَوْلُهُ: فِي الصُّورَةِ الْأُولَى) الْأَنْسَبُ أَنْ يَقُولَ: فِي الصُّورَتَيْنِ، فَيَكُونُ قَوْلُهُ: ((أَوْ
الْبَاقِي)) إشارَةً إِلَى أَنَّ هِبَةَ الْأَلْفِ لَيْسَ بِقَبْضٍ فِي الثَّانِيَةِ كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ فِي "الْبَحْرِ"^(٥)، قَالَ فِي
"النَّهْرِ"^(٦): ((وَمَعْنَى هِبَةِ الْأَلْفِ بَعْدَ قَبْضِ النِّصْفِ أَنَّهَا وَهَبَتْ لَهُ الْمَقْبُوضَ وَغَيْرَهُ)).

[١٢٠٦٧] (قَوْلُهُ: أَوْ وَهَبَتْ عَرَضَ الْمَهْرِ) أَشَارَ إِلَى أَنَّهُ لَمْ يَتَعَيَّبْ؛ إِذْ لَوْ وَهَبَتْهُ بَعْدَمَا تَعَيَّبَ
فَاحْتِشَاءَ يَرْجِعُ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ يَوْمَ قَبْضَتْ؛ لِأَنَّهُ صَارَ كَأَنَّهَا وَهَبَتْهُ عَيْنًا أُخْرَى، أَمَّا الْعَيْبُ الْيَسِيرُ
فَكَالْعَدَمِ لِمَا سَيَأْتِي أَنَّهُ فِي الْمَهْرِ مُتَحَمِّلٌ. وَقَيْدٌ بِاطْمِنَانٍ لِأَنَّهَا لَوْ بَاعَتْهُ مِنْهُ يَرْجِعُ بِالنِّصْفِ، أَي:
نِصْفَ قِيمَتِهِ لَا نِصْفَ الثَّمَنِ الْمُدْفُوعِ فِيمَا يَظْهَرُ، وَلَوْ وَهَبَتْهُ أَقْلٌ مِنْ نِصْفِهِ تَرُدُّ مَا زَادَ عَلَى
النِّصْفِ، وَلَوْ وَهَبَتْهُ الْأَكْثَرُ أَوْ النِّصْفَ فَلَا رَجُوعَ لَهُ، "بِحَرْ"^(٧).

[١٢٠٦٨] (قَوْلُهُ: أَوْ فِي الذِّمَّةِ) أَشَارَ إِلَى أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْعَرَضِ الْمَعْيَّنِ وَغَيْرِهِ، وَهُوَ
مِنْ خُصُوصِ النِّكَاحِ، فَإِنَّ الْعَرَضَ فِيهِ يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ؛ لِأَنَّ الْمَالَ فِيهِ لَيْسَ بِمَقْصُودٍ، فَيُتَسَامَحُ

(١) فِي "د" وَ"و": ((فَوَهَبَتْ)).

(٢) فِي "ب": ((وَوَهَبَ)).

(٣) فِي "ب" وَ"م": ((فَإِنَّ)).

(٤) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٧٠/٣ بِتَصْرِفٍ.

(٥) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٧٠/٣.

(٦) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٨٢/أ.

(٧) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٧١/٣ بِتَصْرِفٍ.

..... لحصول المقصود.....

فيه بخلاف البيع، "البحر"^(١).

[١٢٠٦٩] (قوله: لحصول المقصود) لأنه وصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول لتعنيه في الفسخ كعنه في العقد، بدليل أنه ليس لواحدٍ منهما دفعٌ بدليه، حتى لو تعيب فاحشاً فوهبته له رجح بنصف قيمته كما مر^(٢)، "نهر"^(٣).

(تتمة)

حكم الموزون غير المعين - وهو ما كان في الذمة - حكم النقد، أمّا المعين منه فكالعرض، واختلف في التبر والتقرة من الذهب والفضة، ففي رواية كالعرض، وفي أخرى كالمضروب، كذا في "البدائع"^(٤)، "نهر"^(٥).

(تنبيه)

قال في "البحر"^(٦): ((وقد ظهر لي أن هذه المسألة على ستين وجهاً؛ لأن المهر إما ذهب، أو فضة، أو مثلي غيرهما، أو قيمتي، فالأول على عشرين وجهاً؛ لأن الموهوب إما الكل أو النصف، وكل منهما إما أن يكون قبل القبض، أو بعده، أو بعد قبض النصف، أو أقل منه، أو أكثر، فهي عشرة، وكل منها إما أن يكون مضروباً أو تبراً، فهي عشرون، والعشرة الأولى في المثلي، وكل منها إما أن يكون معيناً أو لا، وكذا في القيمتي، والأحكام [٣/٩٨ق/ب] مذكورة)) اهـ.

(قوله: حكم الموزون غير المعين إلخ) عبارة "النهر": ((وحكم المكيل والموزون غير المعين إلخ)).

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧١/٣ بتصرف يسير.

(٢) المقولة [١٢٠٦٧] قوله: ((أو وهبت غرض المهر)).

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١/١٨٢.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: ومنها أن لا يكون مجهولاً ٢٨٢/٢.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١/١٨١، وعبارته: ((حكم المكيل والموزون...)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧١/٣.

(نَكَحَهَا بِالْفِ عَلَى أَنْ لَا يُخْرِجَهَا مِنَ الْبَلَدِ أَوْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا أَوْ) نَكَحَهَا
(عَلَى أَلْفٍ إِنْ أَقَامَ بِهَا وَعَلَى أَلْفَيْنِ إِنْ أَخْرَجَهَا فَإِنْ وَقَى). عَمَّا شَرَطَهُ فِي الصُّورَةِ
الْأُولَى (وَأَقَامَ) بِهَا.....

وَتَبَعَهُ فِي "النَّهْرِ"^(١).

قلت: ويُزَادُ مِثْلُهَا، فَتَصِيرُ مِائَةً وَعِشْرِينَ بَأَن يُقَالُ: إِنَّ الْمَوْهُوبَ إِمَّا الْكُلَّ، أَوْ النِّصْفُ، أَوْ
الْأَكْثَرُ مِنَ النِّصْفِ، أَوْ الْأَقْلُ، فَهِيَ أَرْبَعَةٌ^(٢) تُضْرَبُ فِي الْخُمْسَةِ الْمَارَّةِ تَبْلُغُ عِشْرِينَ، وَكُلٌّ مِنْهَا إِمَّا
أَنْ يَكُونَ مَضْرُوبًا أَوْ يَثْرًا فَهِيَ أَرْبَعُونَ، وَكَذَا فِي كُلِّ مِنَ الْمِثْلِيِّ وَالْقِيَمِيِّ أَرْبَعُونَ، وَقَدْ مَرَّ^(٣)
حُكْمُ هَيْئَةِ الْأَكْثَرِ مِنَ النِّصْفِ أَوْ الْأَقْلُ.

[١٢٠٧٠] (قَوْلُهُ: فَإِنْ وَقَى) بِتَشْدِيدِ الْفَاءِ مَاضِي يُوقِي تَوْفِيَةً، لَا بِالتَّخْفِيفِ مِنْ وَقَى يَفِي
وَفَاءً بِقَرِينَةِ قَوْلِهِ: ((وَلَا يُوقِ))، أَفَادَهُ "ح"^(٤).

[١٢٠٧١] (قَوْلُهُ: وَأَقَامَ بِهَا) إِنَّمَا ذَكَرَ التَّوْفِيَةَ فِي الْأُولَى دُونَ هَذِهِ لِأَنَّهُ فِي الْأُولَى جَعَلَ الْمُسَمَّى
مَالًا وَغَيْرَ مَالٍ، وَهُوَ مَا شَرَطَهُ لَهَا وَوَعَدَهَا بِهِ مِنْ عَدَمِ إِخْرَاجِهَا أَوْ عَدَمِ التَّزَوُّجِ عَلَيْهَا، أَمَّا هُنَا
فَالْمُسَمَّى مَالٌ فَقَطْ، رَدَّدَ فِيهِ بَيْنَ الْقَلِيلِ عَلَى تَقْدِيرٍ وَالْكَثِيرِ عَلَى تَقْدِيرٍ كَمَا أَشَارَ إِلَيْهِ "الشَّارِحُ"،
فَلَيْسَ هُنَا فِي الْمُسَمَّى وَعَدٌ بِشَيْءٍ لِيُنَاسِبَةَ التَّعْبِيرُ بِالتَّوْفِيَةِ، يُوضِّحُهُ أَنَّهُ قَدْ رُدَّدَ فِيهِ بَيْنَ كَوْنِهَا تَيْسًا
أَوْ يَكْرًا كَمَا يَأْتِي^(٥)، فَافْهَمْ.

[١٢٠٧٢] (قَوْلُهُ: الْأُولَى إلخ) ضَابِطُهَا أَنْ يُسَمَّى لَهَا قَدْرًا وَمَهْرٌ مِثْلُهَا أَكْثَرُ مِنْهُ، وَيَشْتَرِطُ

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٢/أ.

(٢) (فهني أربعة) ساقط من "أ".

(٣) المقولة [١٢٠٦٧] قوله: (أو وهبت عرض المهر).

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/ب.

(٥) "در" ص ٤٢٥.

منفعة لها أو لأبيها أو لذي رَجَمٍ مَحْرَمٍ منها، وكانت المنفعة مباحة الانتفاع مُتَوَقَّعةً على فعل الزوج لا حاصلة. عَجَزَ العَقْدُ، ولم يَشْتَرِطْ عليها رَدَّ شيءٍ له، وذلك كأن تَزَوَّجَهَا بِأَلْفٍ على أن لا يُخْرِجَهَا من البلد، أو على أن يُكْرِمَهَا، أو يُهْدِيَهَا هَدِيَّةً، أو على أن يُزَوِّجَ أَبَاهَا ابْنَتَهُ، أو على أن يُعْتَقَ أَحَاها، أو على أن يُطْلَقَ صَرَّتْهَا، فلو المنفعة لأجنبيٍّ ولم يُوفَّ فليس لها إلا المسمَّى؛ لأنها ليست منفعة مقصودة لأحد المتعاقدين، ومثله بالأولى لو شرط ما يضرُّها كالتزويج عليها، وكذا لو كان المسمَّى مهرَ المثل أو أكثر منه، ولو كان المشروط غير مباح كخمرٍ وخنزيرٍ فلو المسمَّى عشرة فأكثَرُ وجِبَ لها وبطلَ المشروط، ولا يُكْمَلُ مهرُ المثل؛ لأنَّ المسلم لا يَتَنَفَّعُ بالحرام، فلا يجِبُ عَوْضٌ بِفَوَاتِيهِ، ولو تَزَوَّجَهَا على أَلْفٍ وَعَتَقَ أُنْحِيها أو طلاقَ صَرَّتْهَا بلفظ المصدر لا المضارع عَتَقَ الأَخ، وطلَقَتِ الصَّرَّةُ بنفسِ العَقْدِ طَلَقَةً رجعيةً؛ لمقابلتها بغير مُتَقَوِّمٍ وهو البُضْعُ، وللزوجة المسمَّى فقط، والولاء له إلا إذا قال: وَعَتَقَ أُنْحِيها عنها فهو لها، ولو تَزَوَّجَهَا على أَلْفٍ، وعلى أن يُطْلَقَ امرأته فلانة، وعلى أن تَرَدَّ عليه عبداً يَنْقَسِمُ الألفُ على مهرٍ مثلهما [٩٩ق/٣] وعلى قيمة العبد، فإن كانا سواء صار نصفُ الألفِ ثَمناً للعبدِ والنصفُ صداقاً، فإذا طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ فلها نصفُ ذلك، وإن بعده نُظِرَ: إن كان مهرُ مثليها خمسمائةً أو أقلَّ فليس لها إلا ذلك، وإن أكثرَ فإن وَقَى بالشرط فكنذلك وإلا فمهرُ المثل، وتَمَامُهُ في "المحيط" و"الفتح" ^(١) عن "المبسوط" ^(٢)، وفي اشتراطِ الكرامةِ والهديةِ كلامٌ سيأتي ^(٣).

(قوله: لمقابلتها بغير مُتَقَوِّمٍ وهو البُضْعُ) وهو ليس بِمُتَقَوِّمٍ، وَتَقَوُّمُهُ بالعقد لضرورة التملك فلا يعدوها، فلم يظْهَرْ في حقِّ الطلاقِ الواقعِ على الصَّرَّةِ بَقِيَّةً طلاقاً بغير بدل فكان رجعيًّا "بحر".
(قوله: فإذا طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ فلها نصفُ ذلك) وقد عَلِمَ أنَّ وَجُوبَ مهرِ المثل إنما هو عند الدُّخُولِ، أمَّا إن طَلَّقَهَا قبلَه فلها نصفُ المسمَّى وبطلَ شرطُ المنفعة لها اهـ "بحر".

(١) انظر "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٣٣/٣.

(٢) "المبسوط": كتاب النكاح - باب المهور ٨٨/٥ وما بعدها.

(٣) المقولة [١٢١٠٣] قوله: ((بغلاف مجهول الجنس)).

في الثانية (فلها الألف) لرضاها به^(١)، فهنا صورتان: الأولى - تسمية المهر مع ذكر شرط ينفعها، والثانية - تسمية مهر على تقدير وغيره على تقدير (وإلا) يُوفِّ ولم يُقَمْ (فمهر المثل) لفوت^(٢) رضاها بفوات النفع (و) لكن (لا يُزاد) المهر في المسألة الأخيرة (على ألفين،

وحاصل المسألة على وجوه؛ لأن الشرط إما نافع لها، أو لأجنبي، أو ضار، وكلُّ إمَّا حاصلٌ بمجرّد النكاح أو متوقّف على فعل الزوج، وعلى كلٍّ من السّنة إمَّا أن يكون مهر المثل أكثر من المسمّى أو أقلّ أو مساوياً، وكلُّ إمَّا أن يكون قبل الدُّخول أو بعده، وكلُّ إمَّا أن يُباح الانتفاع به^(٣) بالشرط أو لا، وكلُّ إمَّا أن يشترط عليها ردّ شيء أو لا، وكلُّ إمَّا أن يحصل الوفاء بالشرط أو لا، فهي مائتان وثمانية وثمانون، هذا خلاصة ما في "البحر"^(٤).

[١٢٠٧٣] (قوله: والثانية إلخ) قال في "الفتح"^(٥): ((وأمّا الثانية فكان يتزوَّجها على ألف إن أقام بها، أو أن لا يتسرّى عليها، أو أن يطلق ضرّتها، أو إن كانت مولاة، أو إن كانت أعجمية أو ثيباً، وعلى ألفين إن كان أضدادها)).

[١٢٠٧٤] (قوله: بفوات النفع) الباء للسببية؛ لأنّه في الأولى سمّي لها ما لها فيه نفع، وهو عدم إخراجها وعدم التزوُّج عليها ونحوه، فإذا وقى فلها المسمّى؛ لأنّه صلّح مهرًا، وقد تمّ رضاها به، وعند فواته ينعدم رضاها بالمسمّى فيكمل مهر مثلها، وفي الثانية سمّي تسميتين ثانيتهما غير صحيحة للجهالة كما يأتي^(٦)، فوجب فيها مهر المثل.

[١٢٠٧٥] (قوله: في المسألة الأخيرة) قيد في قوله: ((ولا يُزاد على ألفين)) فقط، "ح"^(٧).

(١) في "د": ((بها)).

(٢) في "د" و"و": ((لفقد)).

(٣) ((٤)) ساقطة من "الأصل" و"ب" و"م".

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٣/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٣٢/٣.

(٦) المقولة [١٢١٠٣] قوله: ((بمخلاف بمجهول الجنس)).

(٧) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/ب.

ولا يُنْقَضُ عن ألفٍ) لاتِّفَاقِهما على ذلك، ولو طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ تنصَّفَ المسمَّى في المسألتين؛ لسقوط^(١) الشرط، وقالوا: الشرطان صحيحان (بخلاف ما لو^(٢)) تزوّجَهَا على ألفٍ إنْ كانت قبيحةً، وعلى ألفين إنْ كانت جميلةً فإنَّه يصحُّ الشرطان) اتِّفَاقاً.....

وفي بعض النسخ: ((في الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ ذاتِ التَّقْدِيرَيْنِ)).

(قوله: ١٢٠٧٦) (قوله: ولا يُنْقَضُ عن ألفٍ) أي: في المسألتين.

(١٢٠٧٧) (قوله: لاتِّفَاقِهما على ذلك) أي: لو زاد مهرٌ مثلها في المسألة الأخيرة على ألفين ليس لها أكثر من الألفين؛ لأنَّها رَضِيَتْ معه بهما لترديدها لها بين الألف والألفين بخلاف المسألة الأولى، فإنَّه لو زاد على ألفٍ لها مهرٌ المثل بالغاً ما بَلَغَ؛ لأنَّها لم تَرْضَ بالألفِ وحده بل مع الوصفِ النافع ولم يحصل لها، ولو نَقَصَ عن ألفٍ في المسألتين فلها الألف؛ لأنَّه رَضِيَ به.

(١٢٠٧٨) (قوله: لسقوط الشرط) لأنَّه إذا لم يَفَرْجِبْ [٣/٩٩ق/ب] تمام مهر المثل، ومهرُ المثل لا يَثْبُتُ في الطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ، فسقطَ اعتباره، فلم يَبْقَ إلَّا المسمَّى فَيَتَنصَّفُ، "بدائع"^(٣).

(١٢٠٧٩) (قوله: وقالوا: الشرطان صحيحان) أي: في المسألة الأخيرة، قال في "الهداية"^(٤): ((حتَّى كان لها الألفُ إنْ أقامَ بها والألفان إنْ أخرجَهَا، وقال "زفر": الشرطان فاسدان،

(قوله: حتَّى كان لها الألفُ إنْ أقامَ بها إلخ) وعلى قولهما لا تدرى ما يكون لها لو طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ، ويمكن أن يُقال: إنْ طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ وقيل إخراجها فلها نصفُ الألف، وإنْ بعد إخراجها فلها نصفُ الألفين اهـ "سندي".

(١) ((لسقوط)) ساقطة من "ط".

(٢) في "د" و "و": ((إذا)).

(٣) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٢/٢٩٧.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ١/٢٠٩.

في الأصح؛ لقلّة الجهالة،.....

ولها مهرٌ مثلها لا يُنقُصُ من الألف ولا يُزادُ على ألفين، وأصلُ المسألة في الإحارات في قوله: إن خِطَبَتْهُ اليومَ فَلَكَ درهمٌ، وإن خِطَبَتْهُ غداً فَلَكَ نصفُ درهمٍ)) اهـ.
[١٢٠٨٠] (قوله: في الأصح) مقابله ما في "نوادير ابن سماعة"^(١) عن "محمد": ((أنها على الخلاف))، وضعفه في "البحر"^(٢).

[١٢٠٨١] (قوله: لقلّة الجهالة) جوابٌ عما يردُّ على قول "الإمام"، حيث أفسد الشرط الثاني في المسألة المتقدمة، وهي ما إذا تزوّجها على ألفٍ إن أقام بها وألفين إن أخرجها، وفي هذه الصورة صحّح الشّريطين مع أن التّرديد موجودٌ في الصّورتين، وأجاب في "الغاية": ((بأنه في المتقدمة دخلت المخاطرة على التسمية الثانية^(٣)؛ لأنّ الزوج لا يعرف هل يُخرجها أو لا؟ أمّا هنا فالمرأة على صفة واحدة من الحُسْنِ أو القبح، وجهالة الزوج بصفتها لا توجب خطراً))، وردّه "الزبلي"^(٤): ((بأن من صور المسألة المتقدمة ما لو تزوّجها على ألفين إن كانت حرةً أو إن كانت له امرأة، وعلى ألفٍ إن كانت^(٥) مولاةً أو لم تكن له امرأة، مع أنه لا مخاطرة ولكن جهل الحال))، وأجاب في "البحر"^(٦): ((بأن المرأة وإن كانت في الكل على صفة واحدة لكنّ الجهالة قويّة في الحرية وعدمها؛ لأنها ليست أمراً مُشاهداً، ولذا لو وقع التنازع احتجّج إلى إثباتها، فكان فيها مخاطرة معني بخلاف الجمال والقبح، فإنه أمرٌ مُشاهد، فجهالته يسيرة لزوالها بلا مشقة))، واعترضه في "النهر"^(٧): ((بأنه على هذا ينبغي الصّحّة فيما لو تزوّجها على ألفين إن كانت له

(١) "النوادر" لأبي عبد الله محمد بن سماعة بن عبيد الله البغداديّ التميمي (ت ٢٣٣ هـ). "الجواهر المضية" ١٦٨/٣، "نجاح الفرجان" ص ١٨٩، "الفوائد البهية" ص ١٧٠، "هدية العارفين" ١٢/٢.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٤/٣.

(٣) ((الثانية)) ساقطة من الأصل.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٤٩/٢.

(٥) من ((حرة)) إلى ((إن كانت)) ساقط من "ت".

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٤/٣.

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٢/١.

بخلاف ما لو ردّد في المهر بين القلّة والكثرة للثبوت بالبكارة، فإنّها إن ثببت لزِمَ الأقلُّ، وإلاّ فمهرُ المثل لا يَرادُ على الأكثر، ولا يُنقَصُ عن الأقلِّ، "فتح"^(١). ولو شرطَ البكارة فوجدَها ثببتَ لزِمَ الكلُّ، "درر"^(٢). ورجّحه في "البزازیة"^(٣).....

امرأةً وعلى ألفٍ إن لم تكن؛ لأنّ النكاح يثبت بالتسامع، فلا يحتاجُ إلى إثباتٍ عند المنازعة)). قلت: ولا يخفى ما فيه، فإنّ إثباته بالتسامع إنما هو عند الاحتياج إلى إثباته، على أنّه قد تكون له امرأة غائبة في بلدة أخرى لا يعلمُ بها أحدٌ بخلاف الجمال والقبح، فلذا تبعَ "الشارح" ما في "البحر" ولم يلتفتْ لِمَا في "النهر".

[١٢٠٨٢] (قوله: بخلاف ما لو ردّد إلخ) هذا أيضاً [١٠٠ق/٣] من صُورِ المسألة المتقدمة التي ذكرَ أنّها مخالفةٌ لمسألة الترديد للقبح والجمال، فلا حاجة إلى إعادته.

والحاصل: أنّ ترديد المهر بين القلّة والكثرة إنّ وُجدَ فيه شرطُ الأقلِّ لزِمَ الأقلُّ، وإلاّ فلا يلزمُ الأكثرُ بل مهرُ المثل خلافاً لهما، إلّا في مسألة القبح والجمال، فإنّه يجبُ المسمّى في أيّ شرطٍ وُجدَ اتفاقاً، والفرقُ لـ "الإمام" ما مرّ^(٤).

[١٢٠٨٣] (قوله: ولو شرطَ إلخ) هذه مسألة استطراديةٌ ليست من جنسٍ ما قبلها، ومناسبتها تعليقُ المسمّى على وصفٍ مرغوبٍ له.

[١٢٠٨٤] (قوله: لزِمَ الكلُّ) لأنّ المهر إنّما شرّعَ لمجردِ الاستمتاع دون البكارة، "ح"^(٥) عن "مجمع الأنهر"^(٦).

[١٢٠٨٥] (قوله: ورجّحه في "البزازیة") أقول: عبارتها^(٧): ((تزوَّجها على أنّها بكرٌ فإذا

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٣٢/٣.

(٢) "الدرر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٥/١.

(٣) "البزازیة": كتاب النكاح - نوع آخر تزوجها مهر سرّاً وبشيءٍ علانيةً بأكثر إلخ ١٣٤/٤. (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) المقولة [١٢٠٨١] قوله: ((قلّة الجهالة)).

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/ب.

(٦) "مجمع الأنهر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٥٥/١.

(٧) "البزازیة": كتاب النكاح - نوع آخر تزوجها مهر سرّاً وبشيءٍ علانيةً بأكثر إلخ ١٣٤/٤. (هامش "الفتاوى الهندية").

هي ليست كذلك يجب كل المهر حملاً لأمرها على الصلاح بأن زالت بوثية، فإن تزوجها بأزيد من مهر مثلها على أنها بكر فإذا هي غير بكر لا تجب الزيادة، والتوفيق واضح للمتأمل)) اهـ.

وجه التوفيق ما ذكره في "العمادية" عن فوائد "المحيط" في تعليل المسألة الثانية: ((أنه قابل الزيادة بما هو مرغوب وقد فات، فلا يجب ما قبل به))، وأنت خير بأن كلام "البرزائية" ليس فيه ترجيح للزوم الكل مطلقاً، بل فيه ترجيح للتفصيل، والفرق بين التزوج بمهر المثل وبأزيد منه، نعم قال في "البرزائية"^(١) بعد ذلك: ((وإن أعطاهما زيادة على المعجل على أنها بكر فإذا هي ثيب قبل: ترد الزائد، وعلى قياس مختار مشايخ بخارى - فيما إذا أعطاهما المال الكثير بمجهة المعجل على أن يجهرزوها بجهاز عظيم ولم تأت به رجح بما زاد على معجل مثلها، وكذا أفتى أئمة حوارزم - ينبغي أن يرجع بالزيادة، ولكن صرح في "فوائد الإمام ظهير الدين": أنه لا يرجع في كلتا الصورتين)) اهـ، أي: في صورة الزيادة على مهر المثل وصورة الزيادة على المعجل كما يعلم من مراجعة "الفصول العمادية"، فقول "البرزائية" تبعاً لـ "العمادية": ((ولكن صرح إلخ)) يفيد ترجيح عدم الرجوع وأنه يلزم كل المهر، ولذا نظم المسألة في "الوهبانية"^(٢)، وعبر عن عدم وجوب الزيادة بـ ((قيل))، فأفاد أيضاً ترجيح لزوم الكل كما هو مقتضى إطلاق صاحب "الدُرر"^(٣) و"الوقاية"^(٤) و"الملتقى"^(٥).

قوله: فقول "البرزائية" تبعاً لـ "العمادية": ((ولكن صرح إلخ)) يفيد ترجيح إلخ قول "البرزائية" ما ذكر ليس فيه ما يفيد ترجيح عدم الرجوع، كما هو واضح؛ إذ غاية ما أفادته أن المسألة خلافية.

(١) "البرزائية": كتاب النكاح - نوع آخر تزوجها بمهر سرّاً وبشيء علانية بأكثر إلخ ١٣٤/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الوهبانية": كتاب النكاح - الكلام في المهر ص ٢٣، (هامش "المنظومة المحيية").

(٣) "الدُرر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٥/١.

(٤) انظر "شرح الوقاية": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٧/١ (هامش "كشف الحقائق").

(٥) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٠/١.

(ولو تزوّجها على هذا العبد أو على هذا الألف) أو الألفين (أو على هذا العبد أو على هذا العبد^(١)) أو على أحد هذين (وأحدهما أو كس.....)

[١٢٠٨٦] (قوله: ولو تزوّجها إلخ) حاصل هذه المسألة أن يُسمّي شيئين مختلفي القيمة اتّحد الجنس أو اختلف، "نهر"^(٢).

[١٢٠٨٧] (قوله: أو الألفين) لا فائدة في ذكره بعد الألف؛ للعلم [١٠٠/٣] بقطعاً بأن الألف غير قيد، فالأولى قول "البحر"^(٣): ((أو على هذا الألف أو الألفين))، فهو مثال آخر مثل الذي بعده مما الاختلاف فيه قيمة مع اتّحاد الجنس، ويمكن عطف قوله: ((أو الألفين)) على مجموع قوله: ((على هذا العبد أو على هذا الألف)) بأن يعطف على كل واحد بانفراذه، كأن يقول الزوج: تزوّجتك على هذا العبد أو هذين الألفين، أو يقول: على هذا الألف أو هذين الألفين، تأمل.

[١٢٠٨٨] (قوله: أو على أحد هذين) أي: أنه لا فرق بين كلمة ((أو)) ولفظ ((أحدهما))، فإن الحكم فيه كذلك كما صرح به في "المحيط"، "بحر"^(٤).

[١٢٠٨٩] (قوله: وأحدهما أو كس) الجملة في موضع الحال. في "القاموس"^(٥): ((الوكس كالوعد: النقص والتقص، لازم ومتعدّ)) اهـ.

وقيد به لأنهما لو تساويا قيمة صحّت التسمية اتفاقاً، "بحر"^(٦) عن "الفتح"^(٧)، وقال قبله: ((لو كانا سواء فلا تحكيم، ولها الخيار في أخذ أيهما شاءت)).

(١) عبارة "ط": ((أو على هذا العبد وهذا العقد)).

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٢/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٤/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٥/٣.

(٥) "القاموس": مادة ((وكس)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٥/٣.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٣٤/٣ بتصرف.

حَكَمَ القاضي (مهرَ المثل) فإنَّ مثلَ الأرفعِ أو فوقَهُ فلها الأرفعُ، وإنَّ مثلَ^(١) الأوكسِ أو دونَهُ فلها الأوكسُ، وإلَّا فمهرُ المثل (وفي الطَّلَاقِ قبلَ الدُّخُولِ يُحَكَّمُ مُتَعَةُ المثل) لأنها الأصلُ، حتَّى لو كان نصفُ الأوكسِ أقلَّ من المُتَعَةِ^(٢).....

[١٢٠٩٠] (قوله: حَكَمَ مهرَ المثل) هذا قوله، وعندهما لها الأقلُّ، والمتونُ على الأولِ، ورجَّحَ في "التحرير" ^(٣) قولهما، والخلافُ مبنيٌّ على أنَّ مهرَ المثل أصلٌ عنده والمسمى خلفٌ عنه إنَّ صَحَّتِ التَّسميَةُ، وقد فسَدَتْ هنا للجَهالةِ، فيُصارُ إلى الأصلِ، وعندهما بالعكس، ومحلُّه إذا لم يُصرَّحْ بالخيارِ لها أو له، فلو قال: على أنَّها بالخيارِ تأخذُ أيُّهما شاءتْ، أو على أنَّي بالخيارِ أُعطيلُ أيُّهما شئتُ فإنه يصحُّ اتفاقاً لانتفاء المنازعة. وقيدَ بالنِّكاحِ لأنَّ الخُلْعَ على أحدِ شيئين مختلفين أو الإعتاقَ عليه يوجبُ الأقلَّ اتفاقاً؛ لأنَّه ليس له مُوجبٌ أصليُّ يُصارُ إليه عند فسادِ التَّسمية، فوجبَ الأقلُّ، وكذا في الإقرار، وتأمُّه في "البحر" ^(٤).

[١٢٠٩١] (قوله: فلها الأرفعُ) لأنها رَضِيَتْ بِالْخَطِّ، "هداية" ^(٥).

[١٢٠٩٢] (قوله: فلها الأوكسُ) لأنَّ الزَّوْجَ رَضِيَ بِالزَّيَادَةِ، "هداية" ^(٦).

[١٢٠٩٣] (قوله: وإلَّا) أي: بأنَّ كان بينَ الأرفعِ والأوكسِ.

[١٢٠٩٤] (قوله: لأنها الأصلُ) أي: في الطَّلَاقِ قبلَ الدُّخُولِ، كما أنَّ الأصلَ مهرُ المثلِ

(قولُ "المُصَنِّفِ": يُحَكَّمُ مُتَعَةُ المثلِ إلخ) فإنَّ كانت تُساوي نِصْفَ الأرفعِ أو فوقَهُ فلها نِصْفُ الأرفعِ، وإنَّ كانت تُساوي نِصْفَ الأوكسِ فلها نِصْفُ الأوكسِ، أو المُتَعَةُ اهـ "سندي".

(١) في "د" و"و": ((أو مثل)).

(٢) ((من المُتَعَةِ)) ليست في "د".

(٣) "التحرير": الفصل الخامس في تقسيم المفرد إلى حقيقة وبجاز - مسائل الحروف - حروف العطف ص ٩٨.

(٤) انظر "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٥/٣، نقلاً عن "الهداية"، إلا قوله: ((وكذا في الإقرار)) فإنه من كلام "البحر".

(٥) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٩/١.

(٦) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٩/١.

وَجَبَتِ الْمُتَعَةُ، "فتح".

(ولو تَزَوَّجَهَا عَلَى فَرَسٍ) أو عَبْدٍ، أو ثوبٍ هروي، أو فراشٍ بيت، أو عددٍ معلومٍ من نحوِ إِبِلٍ (فالواجبُ).....

قبل الطَّلَاق، "بحر" (١).

[١٢٠٩٥] (قوله: وَجَبَتِ الْمُتَعَةُ) أشارَ به إلى أَنَّ ما وَقَعَ في "الدُّر" (٢) تبعاً لـ "الوقاية" (٣) و"الهداية" (٤): ((من أَنَّهُ يَجِبُ نَصْفُ الْأَوْكَسِ اتِّفَاقاً)) مبنيٌّ على الغالب أَنَّ الْمُتَعَةَ لَا تَزِيدُ عَلَى نَصْفِ الْأَوْكَسِ (٥) كما علَّلَ به في "الهداية" (٦)، حتَّى لو زادتْ وَجَبَتْ كما صرَّحَ به في "الحائية" (٧) و"الدُّرَّة"، وقال في "الفتح" (٨): ((التَّحْقِيقُ أَنَّ الْمُحَكَّمَ الْمُتَعَةَ))، فأفاد أَنَّها لو كانتْ أَزِيدُ من نصفِ الأعلى لَا يَزِيدُ على نِصْفِهِ لِرِضاها به، "رحمته". [١٠١/٣ ق]

[١٢٠٩٦] (قوله: ولو تَزَوَّجَهَا عَلَى فَرَسٍ إلخ) شروعٌ في مسألةٍ أُخرى موضوعُها أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا على ما هو معلومُ الجنسِ دون الوصفِ كما في "الهداية" (٩)، وقوله: ((فالواجبُ الوَسْطُ أو قيمته)) يُعَيِّدُ صِحَّةَ التَّسْمِيَةِ؛ لِأَنَّ الجنسَ المعلومَ مُشْتَمِلٌ على الجَيِّدِ والرَّدِيِّ، والوَسْطُ ذُو حَظٍّ مِنْهُمَا بخلافِ مجهولِ الجنس؛ لِأَنَّهُ لَا وَسْطَ لَهُ لِاخْتِلَافِ معاني الأجناس، وإِنما تُخَيَّرُ الزَّوْجُ بَيْنَ دَفْعِ الوَسْطِ أو قيمته؛ لِأَنَّ الوَسْطَ لَا يُعْرَفُ إِلَّا بِالْقِيَمَةِ، فصارتْ أصلاً في حقِّ الإيفاء.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٥/٣ بتصرف.

(٢) "الدُّر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٥/١.

(٣) انظر "شرح الوقاية": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٧/١ (هامش "كشف الحقائق").

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٩/١.

(٥) من ((اتِّفَاقاً)) إلى ((الأوكس)) ساقط من "أ".

(٦) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٩/١.

(٧) "الحائية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر ٣٧٧/١ - ٣٧٨ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٣٥/٣.

(٩) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٩/١.

في كلِّ جنسٍ له وَسَطٌ (الوسطُ أو قيمتهُ) وكلُّ ما لم يَجْزِ السَّلَمُ فيه^(١) فالخيارُ للزَّوجِ، وإلَّا فللمرأة.....

وقيدَ بالمبهم لأنَّه في المعينِ بإشارةٍ كهذا العبدِ أو الفرسِ يثبتُ الملكُ لها بمجرّدِ القبولِ إنْ كان مملوكاً له، وإلَّا فلها أنْ تأخذَ الزَّوجَ بشرائه لها، فإنْ عجزَ لزمه قيمتهُ، وكذا بإضافةٍ إلى نفسه كعبدِي، فلا تُجبرُ على قبولِ القيمة؛ لأنَّ الإضافةَ إلى نفسه من أسبابِ التعريفِ كالإشارة، لكنْ في هذا إذا كان له أعبَدٌ^(٢) ثبتَ ملكُها في واحدٍ منهم وسطٍ، وعليه تعيينه، وقوله في "البحر"^(٣): ((إنَّه يتوقَّفُ ملكُها له على تعيينه)) غيرُ صحيح؛ لأنَّه يلزمُ كونُ الإضافةِ كالإبهام، فإنَّه في الإبهامِ لو عيِّنَ لها وسطاً أُجبرَتْ على قبُولِهِ، وعمامتهُ في "النهر"^(٤).

[١٢٠٩٧] (قوله: في كلِّ جنسٍ له وسطٌ) قصّدَ بهذا التعميمَ أنَّ هذا الحكمَ لا يَخُصُّ الفرسَ والعبدَ وما عَظِيفَ عليهما، بل يُعمُّ كلَّ جنسٍ له وسطٌ معلومٌ، "ح"^(٥).

[١٢٠٩٨] (قوله: وكلُّ ما لم يَجْزِ السَّلَمُ فيه إلخ) فإذا وصَفَ الثوبَ كهَرَوِيٍّ خَيْرَ الزَّوجِ بين دفعِ الوسطِ أو قيمتهِ كما مرَّ^(٦)، وكذا لو بالغَ في وصفِهِ بأن قال: طولُهُ كذا في ظاهر الرواية، نعم لو ذَكَرَ الأجلَ مع هذه المبالغةِ كان لها أنْ لا تَقْبَلَ القيمة؛ لأنَّ صَحَّةَ السَّلَمِ في الثيابِ موقوفةٌ على ذَكَرِ الأجلِ، وفي المكيلِ والموزونِ إذا ذَكَرَ صِفَتَهُ كجَيِّدَةٍ خاليةٍ من الشَّعيرِ صعيديةٍ أو بحرِّيَّةٍ يتعيَّنُ المسمَّى وإنْ لم يَذْكُرِ الأجلَ؛ لأنَّ الموصوفَ فيها يثبتُ في الذِّمَّةِ وإنْ لم يكنْ مُؤَجَّلًا كما في "النهر"^(٧) و"البحر"^(٨)، فمعنى كونِ الخيارِ للمرأة أنْ لها أنْ لا تَقْبَلَ القيمةَ

(١) في "د" زيادة: ((قال محمد: وأصلُ هذا أنَّ كلَّ ما جاز السَّلَمُ فيه فلها أنْ لا تأخذَ إلَّا المسمَّى، وما لم يَجْزِ فيه السَّلَمُ كان للزوج أن يعطيها القيمة)). ق ١٦٣/أ.

(٢) في "الأصل": ((عبد)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٦/٣ بتصرف.

(٤) انظر "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٣/ب.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤/ب.

(٦) المقولة [١٢٠٩٦] قوله: ((ولو تزوجها على فرس إلخ)).

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٣/ب.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٧/٣.

(وكذا الحكم) وهو لزوم الوسط (في كل حيوان ذكر جنسه) هو عند الفقهاء: المقول على كثيرين مختلفين في الأحكام (دون نوعه) هو المقول على كثيرين.....

إذا أراد إجبارها عليها، لا بمعنى أن لها أن تجبره على القيمة إذا أراد دفع العين؛ لأنه إذا صحَّ السَّلم تعيَّن حقها في العين.

هذا، وفي "الفتح" ^(١) التصريح: ((بأن قول "الهداية" ^(٢): في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن "أبي حنيفة": أن الزوج يجبر على دفع عین الوسط، [١٠١ ق/٣] وهو قول "زفر"، وعن قول "أبي يوسف": أنه لو ذكر الأجل مع المبالغة في وصف الثوب بالطول والعرض والرفقة تعيَّن الثوب))، وذكر مثله عن "المبسوط" ^(٣)، ثم رجَّح رواية "زفر"، وصرَّح في "المجمع" ^(٤): ((بأنها الأصح))، وكذا في "درر البحار"، وأقره في "غرر الأذكار" ^(٥) و"ابن ملك". ثم لا يخفى أنه وإن لم يتعيَّن فلا بد في عين الوسط أو قيمته من اعتبار الأوصاف التي ذكرها الزوج.

[١٢٠٩٩] (قوله: وكذا الحكم في كل حيوان إلخ) فذكرُ الفرس ليس قيداً، ولو قال أولاً: ولو تزوجها على معلوم جنس وجب الوسط أو قيمته لكان أخصراً وأشمل، فإنه يعمُّ نحو العبد والثوب الهروي، أفاده "ح" ^(٦).

[١٢١٠٠] (قوله: هو عند الفقهاء إلخ) أمّا عند المَنَاطِقَةِ فهو: المقول على كثيرين مختلفين في الحقائق في جواب ما هو؟ والنوع: المقول على كثيرين مختلفين في العدد.

[١٢١٠١] (قوله: مختلفين في الأحكام) كإنسان، فإنه مقول على الذكر والأنثى وأحكامهما

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٣٧/٣.

(٢) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٩/١.

(٣) "المبسوط": كتاب النكاح - باب الخيار في النكاح ٨٠/٥.

(٤) "مجمع الأنهر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٥٤/١.

(٥) "غرر الأذكار": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٨ ق/ب.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٤ ق/ب.

متفقين فيها،

مختلفة، قال في "البحر"^(١): ((ولا شك أنَّ الثوب تحتَه الكتانُ والقطنُ والحريُّ، والأحكامُ مختلفة، فإنَّ الثوبَ الحريَّ لا يَجِلُّ لبسُهُ، وغيرُهُ يَجِلُّ، فهو جنسٌ عندهم، وكذا الحيوانُ تحتَه الفرسُ والحمارُ، وأما الدَّارُ فتحتملُ ما يَختلفُ اختلافاً فاحشاً بالبلدانِ والمحالِّ والسَّعةِ والضيقِ وكثرةِ المرافقِ وقلَّتها)).
 (١٢١٠٢) (قوله: متفقين فيها) أي: في الأحكام، مثلُ له الأصوليون في بحثِ الخاصِّ بالرَّجلِ، وأوردَ عليهم أنَّه يَشْمَلُ الحرَّ والعبدَ والعاقِلَ والمجنونَ، وأحكامُهم مختلفة، فأجابوا بأنَّ اختلافَ الأحكامِ بالعرَضِ لا بالأصلِ بخلافِ الذَّكَرِ والأنثى، فإنَّ اختلافَ أحكامِهما بالأصلِ، "بحر"^(٢).

(تنبيه)

عَلِمَ مما ذكرنا أنَّ نحوَ الحيوانِ والدَّابةِ والمملوكِ والثوبِ جنسٌ، وأنَّ نحوَ الفرسِ والحمارِ والعبدِ والثوبِ المَرْوِيَّ أو الكَتَّانِ أو القطنِ نوعٌ، وأنَّ الذي تصحُّ تسميتهُ ويحبُّ فيه الوسطُ أو قيمتهُ الثاني، فكان على "المصنِّف" أن يقول: وكذا الحكمُ في كلِّ حيوانٍ ذَكَرَ نوعُهُ دون

(قوله: فكان على "المصنِّف" أن يقول: وكذا الحكمُ إلخ) يُجاب عن "المصنِّف" بأنَّه أراد بالجنسِ النوعَ، وبالنوعِ الصِّفَّةَ؛ بدليل ما ذَكَرَهُ غيره، كـ "الاختيار"، ويُفيد ذلك أيضاً أنَّ قصدهُ بذَكَرِ هذه المسألة بعد السَّابقة تعميمُ الحكمِ السَّابقِ، إفادة أنَّ الفرسَ فيما سَبَقَ ليس بيقينٍ بل مثلها سائرُ الأجناسِ بمعنى الأنواعِ، فحيثُ أريدَ بالجنسِ النوعُ، كما هو أحدُ إطلاقيهِ تَعَيَّنَ أنَّ يُرادَ بالنوعِ الوصفُ كما هو ظاهرٌ؛ إذ لا معنى لقولك: ذَكَرَ جنسَهُ بمعنى نوعه دون نوعه إلا بمعنى أنَّه ذَكَرَ جنسَهُ دون وصفه، إذ الأخصُّ من النوعِ هو الوصفُ؛ إذ الجنسُ تحتَه نوعٌ، والنوعُ تحتَه وصفٌ. وقال "الفهستائي": ((في كلام "النقاية" إشعارٌ بجواز إطلاقِ الجنسِ عند الفقهاء على الأمرِ العامِّ سواء كان جنساً عند الفلاسفة، أو نوعاً، وقد يُطلقُ على الخاصِّ، كالرَّجلِ والمرأةِ نظراً إلى فُحْشِ التَّفاوتِ في المقاصدِ والأحكامِ، كما يُطلقُ النوعُ عليهما نظراً إلى اشتراكهما في الإنسانيَّةِ واختلافيهما في الذَّكورةِ والأنوثة)) اهـ. ومما حِيلَ فيه الجنسُ على النوعِ قولُ "الشارح": ((بمخلافِ مَجْهولِ الجنسِ إلخ)؛ فإنَّ المَجْهولَ النوعُ لا الجنسُ الفِقْهِيُّ، ومع ذلك قال: كـ (ثوبٍ ودابةٍ)).

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٧/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٩/٣ بتصرف.

وصفه كما قال في متن "المختار"^(١): ((تَزَوَّجَهَا عَلَى حَيَوَانٍ فَإِنْ سَمَّى نَوْعَهُ كَالْفَرَسِ جَاز وَإِنْ لَمْ يَصِفْهُ))، وقال في شرحه "الاختيار"^(٢): ((ثُمَّ الْجَهَالَةُ أَنْوَاعٌ: جَهَالَةُ النَّوعِ وَالْوَصْفِ كَقَوْلِهِ: ثَوْبٌ أَوْ دَابَّةٌ أَوْ دَارٌ، فَلَا تَصَحُّ هَذِهِ التَّسْمِيَةُ، وَمِنْهَا مَا هُوَ مَعْلُومٌ النَّوعِ بِمَجْهُولِ الصِّفَةِ كَقَوْلِهِ: عَبْدٌ أَوْ فَرَسٌ أَوْ بَقَرَةٌ [١٠٢/٣] أَوْ شَاةٌ أَوْ ثَوْبٌ هَرَوِيٌّ، فَإِنَّهُ تَصَحُّ التَّسْمِيَةُ وَيَجِبُ الْوَسْطُ إِخْلَاجًا))، فَقَدْ جَعَلَ الدَّابَّةَ وَالثَّوْبَ مَعْلُومَ الْجِنْسِ بِمَجْهُولِ النَّوعِ وَالْوَصْفِ، وَجَعَلَ الْعَبْدَ وَالْفَرَسَ وَالثَّوْبَ الْهَرَوِيَّ مَعْلُومَ الْجِنْسِ وَالنَّوعِ بِمَجْهُولِ الْوَصْفِ، وَهَذَا مُوَافِقٌ لِمَا مَرَّ^(٣) فِي تَعْرِيفِ الْجِنْسِ وَالنَّوعِ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ.

فَإِنْ قُلْتُ: قَالَ فِي "الْهِدَايَةِ"^(٤): ((مَعْنَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ يُسَمَّى جِنْسَ الْحَيَوَانِ دُونَ الْوَصْفِ بِأَن تَزَوَّجَهَا عَلَى فَرَسٍ أَوْ حِمَارٍ، أَمَّا إِذَا لَمْ يُسَمَّ الْجِنْسَ - بِأَن تَزَوَّجَهَا عَلَى دَابَّةٍ - لَا تَجُوزُ التَّسْمِيَةُ وَيَجِبُ مَهْرُ الْمَثَلِ)) اهـ. فَقَدْ جَعَلَ الْفَرَسَ وَالْحِمَارَ جِنْسًا.

قُلْتُ: أَرَادَ بِالْجِنْسِ النَّوعَ كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي "غَايَةِ الْبَيَانِ"، وَلِذَا قَابَلَهُ بِالْوَصْفِ، وَأَمَّا قَوْلُ "الْبَحْرِ"^(٥): ((لَا حَاجَةَ إِلَى حَمْلِ الْجِنْسِ عَلَى النَّوعِ؛ لِأَنَّ الْجِنْسَ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ هُوَ الْمَقُولُ عَلَى كَثِيرِينَ إِخْلَاجًا))، فَمِنْهُ أَنَّهُ لَا يَصَحُّ حَمْلُ الْجِنْسِ فِي كَلَامِ "الْهِدَايَةِ" عَلَى الْجِنْسِ الْفُقَهِيِّ كَمَا لَا يَخْفَى، بَلْ يَتَعَيَّنُ حَمْلُهُ عَلَى النَّوعِ، وَكَذَا قَالَ فِي "الْهِدَايَةِ"^(٦): ((وَلَوْ سَمَّى جِنْسًا - بِأَن قَالَ: هَرَوِيٌّ - تَصَحُّ التَّسْمِيَةُ، وَيُخَيَّرُ الزَّوْجُ))، فَقَدْ سَمَّى الْهَرَوِيَّ جِنْسًا، وَلَيْسَ هُوَ جِنْسًا بِالْمَعْنَى الْمَارَّةِ،

(١) انظر "الاختيار": فصل: وإن تزوجها على مهر أو خنزير ١٠٦/٣.

(٢) "الاختيار": فصل: وإن تزوجها على مهر أو خنزير ١٠٧/٣.

(٣) "در" ص ٤٣١ -.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٩/١.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٦/٣ - ١٧٧.

(٦) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٩/١.

بخلاف مجهول الجنس كتب ودأبة؛ لأنه لا وسط له،.....

ولو تبع "المصنف" "الهداية" فقال: ذكر جنسه دون وصفه بدل قوله: ((دون نوع)) لصح كلامه، بأن يراد بالجنس النوع لمقابلته له بالوصف، أمّا مع مقابلته بالنوع فلا يصح، هذا ما ظهر لي. [١٢١٠٣] (قوله: بخلاف مجهول الجنس) أي: ما ذكر جنسه بلا تقييد بنوع كتب ودأبة، فإنه لا تصح تسميته، فلا يجب الوسط أو قيمته، بل يجب مهر المثل.

(تنبيه)

حاصل هذه المسألة: أن المسمى إذا كان من غير النكود - بأن كان عرضاً أو حيواناً - إما أن يكون معيناً بإشارة أو إضافة فيجب بعينه، أو لا يكون معيناً، فإن كان غير مكيل وموزون فإن جهل نوعه كدأبة أو ثوب فسدت التسمية ووجب مهر المثل، وإن عليم نوعه وجهل وصفه كفرس أو ثوب هروي أو عبد صحّت التسمية، وتخير بين الوسط أو قيمته، وكذلك لو عليم وصف الثوب على ظاهر الرواية، وعلى ما مر^(١) أنه الأصح يتعين الوسط؛ لأنه يجب في الذمة كالسلم بخلاف الحيوان، فإنه لا يجب في الذمة في السلم وإن كان مكيلاً أو موزوناً، فإن عليم نوعه ووصفه كإردب قمح جيل حال من الشعير صعيدي تعين المسمى، وصار كالعرض المشار [١٠٢٥/٣ ب] إليه؛ لأنه يثبت في الذمة حالاً كالقرض ومؤجلاً كالسلم، وإن لم يعلم وصفه تخير الزوج بين الوسط أو قيمته كما في ذكر الفرس أو الحمار، هذا خلاصة ما في "الاختيار"^(٢) و"الفتح"^(٣) و"البحر"^(٤).

مطلب: تزوجها على عشرة دراهم وثوب

لكن يشكّل^(٥) ما في "الخانية"^(٦): ((لو تزوجها على عشرة دراهم وثوب ولم يصفه كان

(١) المقلوبة [١٢٠٩٨] قوله: ((وكل ما لم يجر السلم فيه إلح)).

(٢) "الاختيار": فصل: وإن تزوجها على مهر أو خنزير ١٠٦/٣-١٠٧.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٧/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٣٧/٣.

(٥) في "الأصل": ((يشمل)).

(٦) "الخانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر ٣٨٢/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

لها عشرة دراهم، ولو طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا كَانَ لَهَا خَمْسَةُ دَرَاهِمَ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَتَعْتُهَا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ)) اهـ.

قال في "البحر"^(١): ((وبهذا عَلِمَ أَنَّ وجوب مهرِ المثل فيما إذا سَمِيَ مجهولَ الجنس إنما هو فيما إذا لم يكن معه مُسَمًّى معلومٌ، لكن ينبغي على هذا أَنْ لَا يُنْظَرَ إِلَى الْمُتَعَةِ أَصْلًا؛ لِأَنَّ الْمُسَمًّى هنا عشرة فقط، وَذِكْرُ الثَّوبِ لَعَوٍّ بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَمْ يَكْمَلْ لَهَا مَهْرُ الْمَثَلِ قَبْلَ الطَّلَاقِ)) اهـ.

وأجاب "الخَيْرُ الرَّمْلِيُّ": ((بأنَّ الثَّوبَ محمولٌ عَلَى الْعِدَّةِ، وَالتَّبَرُّعُ كَمَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ غَيْرُ دَاخِلٍ فِي التَّسْمِيَةِ؛ إِذْ لَوْ دَخَلَ لِأَوْجَبَ فِسَادَهَا لَفُحِّشَ الْجِهَالَةُ))، وقال في "فتاواه الْخَيْرِيَّةُ"^(٢): ((إِنَّهُ زَاغٌ فَهَمُّ صَاحِبِ "البحر" وَأَخِيهِ^(٣) فِي جَعْلِ الثَّوبِ لَعَوًّا، وَلَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللَّهِ)) اهـ.

٣٤٨/١

قلت: حمُّهُ عَلَى الْعِدَّةِ وَالتَّبَرُّعُ هُوَ بِمَعْنَى إلغائه فِي التَّسْمِيَةِ، وَوَجْهُ إِشْكَالِ هَذَا الْفَرْعِ أَنَّ الثَّوبَ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ فِي التَّسْمِيَةِ لَرِمَ أَنْ يَجِبَ لَهَا نِصْفُ الْمُسَمًّى بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ بِلَا نَظَرٍ إِلَى الْمُتَعَةِ لِصِحَّةِ تَسْمِيَةِ الْعَشْرَةِ، وَإِنْ دَخَلَ فِيهَا يَنْبَغِي أَنْ يُعْطَى حَكْمُ مَا لَوْ^(٤) تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ وَكَرَامَتِهَا أَوْ يُهْدَى لَهَا هَدِيَّةٌ، فَقَدْ صَرَّحَ فِي "النَّهْرِ"^(٥): ((بأنَّهُ فِي "المبسوط"^(٦)) بَعْدَ أَنْ ذَكَرَ عِبَارَةَ "مَحْمَدٍ": لَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ وَكَرَامَتِهَا أَوْ يُهْدَى لَهَا هَدِيَّةٌ فَلَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا لَا يَنْقُصُ عَنِ الْأَلْفِ قَالَ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى وَجْهَيْنِ: إِنْ أَكْرَمَهَا وَأَهْدَى لَهَا هَدِيَّةً فَلَهَا الْمُسَمًّى، وَإِلَّا فَمَهْرُ الْمَثَلِ)) اهـ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٧/٣.

(٢) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح - باب المهر ٣٠/١.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٢/ب.

(٤) في "ب": ((لم)) وهو خطأ.

(٥) انظر "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٢/ب.

(٦) "المبسوط": كتاب النكاح - باب المهور ٩٠-٨٩/٥ بتصرف.

قلت: فهو مثل ما لو تزوّجها بألفٍ على أن لا يُخرِجها أو لا يتزوَّجَ عليها كما قدّمناه^(١)، وبه صرّح في "الهداية"^(٢) و"غاية البيان"، وفي "البدائع"^(٣): ((لو شرطَ مع المسمّى شيئاً مجهولاً - كأنّ تزوّجها على ألفٍ درهمٍ وأنّ يُهديَ لها هديّةً - ثمّ طلقها قبل الدخولِ فلها نصفُ المسمّى؛ لأنّه إذا لم يف بالكرامةِ والهديةِ يجبُ تمامُ مهرِ المثل، ومهرُ المثل لا مدخلَ له في الطلاق قبل الدخول)) اهـ.

لكن قال ١٠٣/٣ في "الاختيار"^(٤): ((ولو تزوّجها على ألفٍ وكرامتها فلها مهرُ المثل لا ينقصُ عن ألفٍ؛ لأنّه رضي بها، وإن طلقها قبل الدخولِ لها نصفُ ألفٍ؛ لأنّه أكثرُ من المتعة)) اهـ. ونقل نحوه في "البحر"^(٥) عن "الولولجية"^(٦) و"المحيط"، واعترض به على ما مرّ^(٧) من إيجاب المسمّى: ((بأنّ الهديةَ والإكرامَ مجهولتان، ولا يمكنُ الوفاءُ بالمجهول، بل تفسدُ التسميةُ، فيجبُ مهرُ المثل)).

وقد أجبْتُ عنه فيما علّقتهُ على "البحر"^(٨) بما حاصله: ((أنّه يمكنُ حملُ ما في "الاختيار" على ما إذا لم يُكرّمها، أمّا إذا أكرّمها فلها المسمّى، وهذا عين ما حمّلَ عليه في "المبسوط" كلامُ "حمّلي"، ومشى عليه في "الهداية" و"غاية البيان" و"البدائع" كما مرّ^(٩)، وجهالةُ الهديةِ والإكرامِ

(١) المقولة [١٢٠٧٢] قوله: ((الأول إلخ)).

(٢) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٨/١.

(٣) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٢٩٧/٢.

(٤) "الاختيار": فصل: وإن تزوجها على مهر أو خنزير ١٠٦/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٣/٣.

(٦) "الولولجية": كتاب النكاح - الفصل الثاني في التوكيل في النكاح والرسالة والمهر ق ٥٠/أ.

(٧) في المقولة نفسها.

(٨) انظر حاشية "متحة الخائف على البحر الرائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٧٣-١٧٢/٣.

(٩) في المقولة نفسها.

ترتفع بعد وجودها، والظاهر - كما في "النهر" ^(١) - أنه يكفي هنا أدنى ما يُعدُّ إكراماً وهديةً)) اهـ.
فإذا لم يُكرمها بشيء بقيت التسمية مجهولة لعدم رضا المرأة بالألف وحده، فيجب مهر المثل، وكذا إذا طلقها قبل الدخول تقرر الفساد، فوجب المتعة كما هو الحكم عند عدم التسمية أو عند فسادها، وإنما أطلق في "البدائع" لزوم نصف الألف لأنه في العادة أكثر من المتعة كما علمته من كلام "الاختيار"، وهو نظير ما مرَّ ^(٢) في مسألة الأوَّكس.

فقد حصل بما ذكرنا التوفيق بين كلامهم، ويتعين حمل ما في "الخانية" ^(٣) عليه أيضاً، وذلك بأن يقيد بما إذا كان مهر مثلها عشرة دراهم ولم يدفع لها ثوباً، فيحنث بحب لها العشرة؛ لأنها مهر المثل، وهو الواجب عند فساد التسمية، وتحب المتعة بالطلاق قبل الدخول، وأما دعوى "الرملي" إلغاء ذكر الثوب لجهالة الثوب فلا تصح؛ لأن جهالة الإكرام والهدية أفحش من جهالة الثوب؛ لأن الإكرام تحته أجناس الثياب والحيوان والعروض والعقار والنقود والمكيل والموزون، ومع هذا لم يلغوه، فعدم إلغاء الثوب بالأولى، وأيضاً يشكّل على إلغائه اعتبار المتعة، وعلى ما قررناه لا إشكال، والله أعلم بحقيقة الحال.

مطلب: مسألة دراهم النقش والحمام ولقافة الكتاب ونحوها

ونظير ما في "الخانية" ما هو معروف بين الناس في زماننا من أن البكر لها أشياء زائدة على المهر، منها ما يدفع قبل الدخول كدراهم للنقش والحمام، وثوب يُسمى لقافة الكتاب، وأثواب أخر يرسلها الزوج ليدفعها [٣/١٠٢ ب] أهل الزوجة إلى القابلة، وبلائة الحمام ونحوها، ومنها ما يدفع بعد الدخول كالإزار والخفّ والمكعب وأثواب الحمام، وهذه مألوفة معروفة ^(٤) بمنزلة

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٢ ب.

(٢) المقولة [١٢٠٩٥] قوله: ((وجبت المتعة)).

(٣) "الخانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر ٣٨٢/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) (معروفة) ساقطة من "الأصل".

المشروط عُرفاً، حتَّى لو أَرَادَ الزَّوْجُ أَنْ لَا يَدْفَعَ ذَلِكَ يُشْتَرَطَ نَفْيُهُ وَقْتُ الْعَقْدِ، أَوْ يُسَمَّى فِي مَقَابِلَتِهِ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةٍ يَضُمُّهَا إِلَى الْمَهْرِ الْمُسَمَّى فِي الْعَقْدِ، وَقَدْ سُئِلَ عَنْهَا فِي "الْخَيْرِيَّةِ"^(١)، فَأَجَابَ بِمَا حَاصِلُهُ: ((أَنَّ الْمَقْرَّرَ فِي الْكُتُبِ مِنْ أَنَّ الْمَعْرُوفَ كَالْمَشْرُوطِ يُوجِبُ الْإِحَاقَ مَا ذُكِرَ بِالْمَشْرُوطِ، فَإِنْ عَلِمَ قَدْرَهُ لَزِمَ كَالْمَهْرِ، وَإِلَّا وَجِبَ مَهْرُ الْمَثَلِ لِفَسَادِ التَّسْمِيَةِ إِنْ ذُكِرَ أَنَّهُ مِنَ الْمَهْرِ، وَإِنْ ذُكِرَ أَنَّهُ^(٢) عَلَى سَبِيلِ الْعِدَّةِ فَهُوَ غَيْرُ لَازِمٍ بِالْكَلِّيَّةِ، وَالَّذِي يَظْهَرُ الْأَخِيرُ، وَمَا فِي "الْحَاثِيَةِ" صَرِيحٌ فِيهِ))، ثُمَّ ذَكَرَ عِبَارَةَ "الْحَاثِيَةِ" الْمَارَّةَ^(٣) وَمَا تَقَدَّمَ^(٤) مِنْ اعْتِرَاضِهِ عَلَى "الْبَحْرِ"، وَأَنْتَ خَبِيرٌ بِأَنَّ هَذِهِ الْمَذْكُورَاتُ تُعْتَبَرُ فِي الْعُرْفِ عَلَى وَجْهِ الزُّرُومِ عَلَى أَنَّهَا مِنْ جَمَلَةِ الْمَهْرِ، غَيْرَ أَنَّ الْمَهْرَ مِنْهُ مَا يُصَرِّحُ بِكَوْنِهِ مَهْراً، وَمِنْهُ مَا يُسَكِّتُ عَنْهُ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ مَعْرُوفٌ لَا بَدَأَ مِنْ تَسْلِيْمِهِ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ عِنْدَ عَدَمِ إِرَادَةِ تَسْلِيْمِهِ لَا بَدَأَ مِنْ اشْتِرَاطِ نَفْيِهِ أَوْ تَسْمِيَةِ مَا يَقَابِلُهُ كَمَا مَرَّ^(٥)، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمَشْرُوطِ لَفْظاً، فَلَا يَصِحُّ جَعْلُهُ عِدَّةً وَتَرَعاً، وَكَوْنُ كَلَامِ "الْحَاثِيَةِ" صَرِيحاً فِيهِ قَدْ عَلِمْتَ مَا يُنَاقِضُهُ وَيُنَافِيهِ، وَقَدْ رَأَيْتُ فِي "الْمُلْتَقَطِ" التَّصْرِيحَ بِلزُومِهِ كَمَا قُلْنَا، حَيْثُ ذَكَرَ فِي مَسْأَلَةِ مَنْعِ الْمَرْأَةِ نَفْسَهَا حَتَّى تَقْبِضَ الْمَهْرَ فَقَالَ: ((ثُمَّ إِنْ شَرَطَ لَهَا شَيْئاً مَعْلُوماً مِنَ الْمَهْرِ مُعْجَلاً، فَأَوْفَاهَا ذَلِكَ لَيْسَ لَهَا

(قوله: «وقد رأيتُ في المُتَقَطِّ» التصريح بَلزومه الخ) عبارة «المُتَقَطِّ» على ما نقله عنه في «الأشباه»: ((ثَمَّ) إنَّ شَرَطَ لها شيئاً معلوماً من المهرِّ مُعَجَّلاً فأَوْفَاها ذلك ليس لها أنْ تَمْتنعَ، وكذا المَشْرُوطُ عادةً، نحو: الخِفِّ، والمُكْتَبَعِ، وديباج اللُفافة، ودرهم السُّكَّرِ، على ما عُرِفَ بـ«مَرَقَقَد»)، وإنْ شَرَطُوا أنْ لا يَدْفَعُ شيئاً من ذلك لا يَجِبُ، وإنْ سَكَنُوا لا يَجِبُ إلَّا ما صَدَّقَ العُرْفُ عليه من غير تَرَدُّدٍ في الإِعْطاءِ لِنِهَاها مِنْهُ الخ))، فَتأمل.

(١) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح - باب المهر ٣٠/١.

(٢) ((أنه)) ليست في "الأصل" و"ب" و"م".

(٣) في المقولة نفسها.

(٤) في المقولة نفسها.

(٥) في المقولة نفسها.

ووسطُ العبيدِ في زماننا الحبشيُّ.....

٣٤٩/٢ أنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا، وكذلك المشروطُ عادةً كالحُفِّ والمُكْعَبِ ودِياجِ اللُّفَافَةِ ودرَاهِمِ السُّكَّرِ على ما هو عادةً أهْلِي سَمَرْقَنْدَ، وإنْ شَرَطُوا أَنْ لَا يُدْفَعَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ لَا يَجِبُ، وإنْ سَكَنُوا لَا يَجِبُ إِلَّا مَنْ صَدَّقَ الْعَرَفَ مِنْ غَيْرِ تَرَدُّدٍ فِي الْإِعْطَاءِ لِمِثْلِهَا مِنْ مِثْلِهِ، وَالْعَرَفُ الضَّعِيفُ لَا يُلْحِقُ الْمُسْكُوتَ عَنْهُ بِالْمَشْرُوطِ)) اهـ، ثُمَّ رَأَيْتُ "المُصَنَّفَ" أَفْتَى بِهِ فِي "فَتَاوِيهِ"^(١).

وحاصِلُهُ: أَنَّ ذَلِكَ إِنْ صَرَّحَ بِاشْتِرَاطِهِ لَزِمَ تَسْلِيمُهُ، وَكَذَا إِنْ سَكَتَ عَنْهُ وَكَانَ الْعَرَفُ بِهِ مَشْهُورًا مَعْلُومًا عِنْدَ الزَّوْجِ، وَلَا يَخْفَى أَنَّ هَذَا لَوْ كَانَ تَرْعَا وَعِدَةً لَمْ يَكُنْ لَهَا مَنَعُ نَفْسِهَا لِقَبْضِهِ وَلَا الْمَطَالَبَةُ بِهِ، وَكَذَا لَوْ كَانَ لَازِمًا مُفْسِدًا لِلتَّسْمِيَةِ، [١٠٤ق/٣] بَلْ يَنْبَغِي أَنْ يَقَالَ: إِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ اشْتِرَاطِ الْهَدِيَّةِ وَالْإِكْرَامِ تَرْفَعُ الْجِهَالَةُ بِدَفْعِهِ، فَيَجِبُ الْمُسَمَّى دُونَ مَهْرِ الْمِثْلِ، أَوْ يَقَالَ - وَهُوَ الْأَقْرَبُ -: إِنَّ ذَلِكَ مِنْ قِبَلِ مَعْلُومِ النَّوعِ بِمَجْهُولٍ^(٢) الْوَصْفِ كَالْفَرَسِ وَالْعَبْدِ، فَإِنَّ التَّفَاوُتَ فِي ذَلِكَ يَسِيرٌ فِي الْعَرَفِ، فَمِثْلُ اللُّفَافَةِ يُعْرَفُ نَوْعُهَا أَنَّهَا مِنَ الْقَصَبِ وَالْحَرِيرِ أَوْ مِنَ الْقَطْنِ وَالْحَرِيرِ بِاعْتِبَارِ الْفَقْرِ وَالْغِنَى وَقِلَّةِ الْمَهْرِ وَكَثْرَتِهِ، وَكَذَا بَاقِي الْمَذْكُورَاتِ، فَيُعْتَبَرُ الْوَسْطُ مِنْ كُلِّ نَوْعٍ مِنْهَا، فَهَذَا مَا تَحَرَّرَ لِي فِي هَذَا الْمَقَامِ، الَّذِي كَثُرَتْ فِيهِ الْأَوْهَامُ، وَزَلَّتِ الْأَقْدَامُ، فَاحْفَظْهُ فَإِنَّهُ مَهْمٌ وَالسَّلَامُ.

[١٢١٠٤] (قَوْلُهُ: وَوَسْطُ الْعَبِيدِ فِي زَمَانِنَا الْحَبَشِيِّ) وَأَمَّا أَعْلَاهُ فَالرُّومِيُّ، وَأَدْنَاهُ الزَّنْجِيُّ، كَذَا فِي "الْبَحْرِ"^(٣) وَ"النَّهْرِ"^(٤) وَ"الْمَنْحِ"^(٥)، ذَكَرُوا أَنَّ ذَلِكَ عَرَفُ الْقَاهِرَةِ، وَذَكَرَ السَّيِّدُ "أَبُو السُّعُودِ"^(٦): ((أَنَّ الْحَبَشِيَّ فِي عُرْفِنَا لَا يَجِبُ إِلَّا بِالتَّنْصِيسِ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ مَتَى أُطْلِقَ لَا يَنْصَرِفُ إِلَّا لِلْأَسْوَدِ،

(١) ((ثُمَّ رَأَيْتُ الْمُصَنَّفَ أَفْتَى بِهِ فِي فَتَاوِيهِ)) سَاقَطَ مِنْ "الْأَصْلِ".

(٢) فِي "ب": ((بِمَجْهُولٍ))، وَهُوَ خَطَأً.

(٣) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٧٥/٣ يَنْتَصِفُ.

(٤) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٨٣/أ.

(٥) "الْمَنْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٢٥/ب.

(٦) "فَتْحُ الْمَعِينِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٥٨/٢.

(وإن أمهرها العبدان) والحال أن أحدهما حرٌّ فمهرها العبد عند الإمام (إن ساوى أقله) أي: عشرة دراهم (ولاً كمل لها العشرة) لأنَّ وجوب المسمى وإن قلَّ يَمنعُ مهرَ المثل، وعند "الثاني" لها قيمة الحرِّ لو عبداً.....

فإذا اقتصر على ذكر العبد وجب الوسط من السودان) اهـ.

قلت: والعبد في عرف الشام لا يشمل الرومي؛ لأنه يُسمى مملوكاً، بل يشمل الحبشي والزنجي، وكذا الجارية، والرومية تسمى سريّة، وعليه فالوسط أعلى الزنجي.

[١٢١٠٥] (قوله: وإن أمهرها العبدان) إلخ) أراد بالعبدان الشيئين الحلالين، وبالحرّ أن يكون أحدهما حراماً، فدخل فيه ما إذا تزوّجها على هذا العبد وهذا البتة فإذا العبد حرٌّ، أو على مذبحتين فإذا إحداهما ميتة كما في "شرح الطحاوي"، "بجر" (١).

[١٢١٠٦] (قوله: أقله) أي: أقل المهر.

[١٢١٠٧] (قوله: يَمنعُ مهرَ المثل) جوابٌ عن قول "محمد" - وهو رواية عن "الإمام" - : لها العبد الباقي ونظام مهرٍ مثلها إن كان مهرٌ مثلها (٢) أكثر منه.

[١٢١٠٨] (قوله: لها قيمة الحرِّ لو عبداً) أي: لها مع العبد الباقي قيمة الحرِّ لو فرض كونه عبداً.

(قول "المصنف": وإن أمهرها العبدان والحال أن أحدهما حرٌّ فمهرها العبد عند الإمام إن ساوى أقله) ل"أبي حنيفة" أن الإشارة معتبرة فصار كأنه قال: تزوّجتك على هذا العبد، وعلى هذا الحرّ، ولـ"أبي يوسف" أنهما لو ظهرَا حرّين وجبت قيمتهما عنده فكذا إذا ظهرَا أحدهما حرّاً اعتباراً للبعض بالكلّ، ولـ"محمد" أنهما لو كانا حرّين يجب مهرُ المثل عنده فكذا إذا كان أحدهما حرّاً اهـ "مثلاً علي قاري".

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٠/٣.

(٢) ((إن كان مهر مثلها)) ساقط من "الأصل".

ورجَّحَهُ "الكمال"، كما لو استَحَقَّ أحدهما.

(ويجبُ مهرُ المثلِّ في نكاحِ فاسِدٍ) وهو الذي فَقَدَ شرطاً من شرائطِ الصَّحَّةِ كشهودِ

[١٢١٠٩] (قوله: ورَّجَّحَهُ "الكمال" ^(١)) والمتونُ على قولِ "الإمام"، وفي "الفهستاني" ^(٢) عن "الخانية" ^(٣): ((أنَّهُ ظاهرُ الرواية)).

[١٢١١٠] (قوله: كما لو استَحَقَّ أحدهما) أي: أحدُ العبدَيْنِ المسمَّيْنِ، فإنَّ لها الباقيَ وقيمةَ المستَحَقِّ، ولو استَحَقَّ جميعاً فلها قيمتهما، وهذا بالإجماع كما في "شرح الطحاوي"، "بحر" ^(٤).

مطلبٌ في النكاحِ الفاسدِ

[١٢١١١] (قوله: في نكاحِ فاسِدٍ) وحكمُ الدُّخُولِ في النكاحِ الموقوفِ كالدُّخُولِ في الفاسدِ، فَيَسْقُطُ الحُدُّ، وَيُثْبِتُ النِّسْبُ، وَيَجِبُ الْأَقْلُ من المسمَّى ومن مهرٍ [١٠٤ق/٣] المثلِ خلافاً لما في "الاختيار" ^(٥) من كتابِ العِدَّةِ، وتَمَامُهُ في "البحر" ^(٦)، وسندُك ^(٧) في العِدَّةِ التَّوْفِيقَ بين ما في "الاختيار" وغيره.

[١٢١١٢] (قوله: وهو الذي إلخ) بخلاف ما لو شرطَ شرطاً فاسداً كما لو تَزَوَّجَتْهُ على أنْ لا يَطَّأَهَا، فَإِنَّهُ يَصَحُّ النِّكَاحُ وَيَسْقُطُ الشَّرْطُ، "رحمته".

[١٢١١٣] (قوله: كشهودٍ) ومثله تَزَوُّجُ الْأَخْتَيْنِ معاً، ونكاحُ الْأَخْتِ في عِدَّةِ الْأَخْتِ، ونكاحُ الْمُعْتَدَّةِ، والخامسةُ في عِدَّةِ الرَّابِعَةِ، والأَمَةُ على الْحُرَّةِ، وفي "المحيط": ((تَزَوُّجُ ذِمِّيٍّ مُسْلِمَةً فَرَّقَ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ فَاسِداً)) اهـ. فظاهره أَنَّهُمَا لَا يُحَدِّثَانِ وَأَنَّ النِّسْبَ يَثْبُتُ فِيهِ وَالْعِدَّةُ إِنْ دَخَلَ، "بحر" ^(٨).

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤١/٣.

(٢) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل المهر ٢٨٨/١.

(٣) "الخانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر ٣٧٧/١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٠/٣.

(٥) "الاختيار": كتاب الطلاق - باب العدة ١٧٣/٣.

(٦) انظر "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨١/٣.

(٧) المقولة [١٥٣٢٢] قوله: ((لكن الصواب إلخ)).

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨١/٣.

قلت: لكن سيدكر^(١) "الشارح" في آخر: فصل في ثبوت النسب عن "مجمع الفتاوى": ((نكح كافر مسلمة فولدت منه لا يثبت النسب منه، ولا تجب العدة؛ لأنه نكاح باطل)) اهـ. وهذا صريح، فيقدم على المفهوم، فافهم.

ومقتضاه الفرق بين الفاسد والباطل في النكاح، لكن في "الفتح"^(٢) قبيل التكلم على نكاح المتعة: ((أنه لا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع))، نعم في "البرازية"^(٣) حكاية قولين في أن نكاح المحارم باطل أو فاسد، والظاهر أن المراد بالباطل ما وجوده كعدمه، ولذا لا يثبت النسب ولا العدة في نكاح المحارم أيضاً كما يعلم مما سيأتي^(٤) في الحدود، وفسر "القهستاني"^(٥) هنا الفاسد بالباطل، ومثله بنكاح المحارم وبإكراه من جهتها أو بغير شهود إلخ، وتقيدته بالإكراه بكونه من جهتها قدماً^(٦) الكلام عليه أول النكاح قبيل قوله: ((وشرط حضور شاهدين))، وسيأتي^(٧) في باب العدة أنه لا عدة في نكاح باطل، وذكر في "البحر"^(٨) هناك عن "المجتبى": ((أن كل نكاح اختلف العلماء في جوازه كالنكاح بلا شهود فالدخول فيه موجب للعدة، أما نكاح منكوحة الغير ومعتدته فالدخول فيه لا يوجب العدة إن علم أنها للغير؛ لأنه لم يقل أحد بجوازه، فلم ينعقد أصلاً))، قال: ((فعلى هذا يفرق بين فاسده وباطله في العدة، ولهذا يجب الحد مع العلم بالحرمة؛ لأنه زنا كما في "القنية"^(٩) وغيرها)) اهـ.

(١) انظر "الدر" عند المقولة [١٥٧٠١] قوله: ((لأنه نكاح باطل)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل: في بيان المحرمات ١٤٧/٣.

(٣) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثالث عشر في نكاح فاسد ١٤٤/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) المقولة [١٨٥١٠] قوله: ((لكن في "القهستاني" إلخ)).

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل المهر ٢٨٨/١.

(٦) المقولة [١١٢٠٧] قوله: ((ليتحقق رضاهما)).

(٧) المقولة [١٥٣٢٠] قوله: ((فلا عدة في باطل)).

(٨) "البحر": كتاب الطلاق - باب العدة ١٥٦/٤.

(٩) "القنية": كتاب الطلاق - باب العدة ٤٤٤/ب بتصرف.

(بالوطء) في القُبُل (لا بغيره) كالخلوة^(١)؛ حرمة وطئها.....

والحاصل: أنه لا فرق بينهما في غير العدة، أما فيها فالفرق ثابت، وعلى هذا فيُقيد قولُ "البحر"^(٢) هنا: ((ونكاح المعتدة)). بما إذا لم يَعْلَمْ بأنها مُعتدة، لكن يَرُدُّ على ما في "المجتبى" مثلُ نكاح الأختين معاً، فإنَّ الظاهر أنه لم يَقُلْ أحدٌ بجوازِهِ، ولكن يُنظر^(٣) وجه التقييد بالمعية، والظاهر [١٠٥٠ق/٣] أَنَّ المعية في العقد لا في ملك المتعة، إذ لو تأخر أحدهما عن الآخر فالتأخر باطل قطعاً. ٣٥٠/٢

(قوله: في القُبُل) فلو في الدُّبُر لا يَلْزِمُهُ مهر؛ لأنه ليس بمحلِّ النسل كما في "الخلاصة"^(٤) و"القنية"^(٥)، فلا يجب بالمسِّ والتقبيل بشهوة شيء بالأولى كما صرَّحوا به أيضاً، "بحر"^(٦).

(قوله: كالخلوة) أفاد أنه لا يجب المهر بمجرد العقد الفاسد بالأولى. ١٢١١٥]

(قوله: لحرمة وطئها) أي: فلم يثبت بها التمكن من الوطء، فهي غيرُ صحيحة كالخلوة بالخائض، فلا تقام مقام الوطء، وهذا معنى قول المشايخ: الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد كالخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح، كذا في "الجوهرة"^(٧)، وفيه مسامحة لفساد الخلوة، "بحر"^(٨).

والظاهر أنهم أرادوا بالصَّحِيحَةَ هنا الخالية عما يَمْنَعُهَا أو يُفْسِدُهَا من وجودِ ثالثٍ أو صوم أو صلاةٍ أو حيضٍ ونحوه مما سوى فسادِ العقد، لظهور أنه غيرُ مُرادٍ، وهذا سببُ المسامحة،

(١) في "د" زيادة: ((قوله: لا بغيره كالخلوة، قال في "التكملة": الخلوة لا توجب العدة ولا كمال المهر إلا في النكاح الصحيح، ومتى وجب كمال المهر وجبت العدة، ومتى وجب نصف المهر أو المتعة لم تجب العدة، انتهى)). ق ١٦٣/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨١/٣.

(٣) في "الأصل": ((ينظر)).

(٤) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثالث عشر: في النكاح الفاسد ق ٨٤/أ.

(٥) "القنية": كتاب النكاح - باب في النكاح الفاسد ق ٣٤/ب معزياً إلى "الشامل".

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٢/٣.

(٧) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٨٧/٢.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨١/٣.

(و لم يُزِدْ) مهر المثل (على المسمى) لرضاها بالخط، ولو كان دون المسمى لزم مهر المثل؛ لفساد التسمية بفساد العقد، ولو لم يُسمَّ أو جهل لزم بالغاً ما بلغ (و) يثبت لكل واحد منهما فسخه ولو بغير محض من صاحبه دخل بها أو لا).....

وفيه مسامحة أخرى، وهي أن الخلوة في النكاح الفاسد لا توجب العدة كما قدمناه^(١) عن "الفتح"، مع أن الفاسدة في النكاح الصحيح توجبها كما مر^(٢) أنه المذهب.

[١٢١١٧] (قوله: ولم يُزِدْ مهر المثل إلخ) المراد بمهر المثل ما يأتي^(٣) في المتن، بخلاف مهر المثل الواجب بالوطء بشبهة بغير عقد، فإن المراد به غيره كما نص عليه في "البحر"^(٤)، ويأتي^(٥) بيانه، فافهم.

هذا، وفي "الحانية"^(٦): ((لو تزوج محرمة^(٧)) لا حدَّ عليه عند الإمام، وعليه مهر مثلها بالغاً ما بلغ)) اهـ. فهي مستثناة إلا أن يقال: إن نكاح المحارم باطل لا فاسد على ما مر^(٨) من الخلاف، ويكون ذلك ثمة الاختلاف وبيانا لوجه الفرق بينهما كما أشار إليه في "البحر"^(٩). [١٢١١٨] (قوله: لرضاها بالخط) لأنها لما لم تُسم الزيادة كانت راضية بالخط مسقطاً

(قوله: لأنها لما لم تُسم الزيادة كانت راضية بالخط مسقطاً حقها فيها إلخ) والخط لا يحتاج إلى قبول، ولا يفسد بفساد التسمية اهـ "سندى".

(١) المقالة [١٢٠٥١] قوله: ((في الكل.. إلخ)).

(٢) "در" ص ٤١-.

(٣) "در" ص ٥٨-.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٦/٣.

(٥) المقالة [١٢١٥٠] قوله: ((مهر مثلها)).

(٦) "الحانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر ٣٨٣/١ بتصرف.

(٧) في "٣": ((محرمه))، وهو خطأ.

(٨) المقالة [١٢١١٣] قوله: ((كشهود)).

(٩) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٣/٣ بتصرف.

في الأصحَّ خروجاً عن المعصية، فلا يُنافي وجوبه، بل يجبُ على القاضي التفريقُ بينهما.....

حقها فيها، لا لأجل أنَّ التسمية صحيحة من وجه؛ لأنَّ الحقَّ أنَّها فاسدة من كلِّ وجهٍ لوقوعها في عقدٍ فاسدٍ، ولهذا لو كان مهرُ المثل أقلَّ من المسمى وجبَ مهرُ المثل فقط، وظاهرُ كلامهم أنَّ مهرَ المثل لو كان أقلَّ من العشرة فليس لها غيره بخلاف النكاح الصَّحيح إذا وجبَ فيه مهرُ المثل^(١)، فإنه لا ينقصُ عن عشرة، "بحر"^(٢)، ومثله في "النهر"^(٣). وفيه نظرٌ، فإنَّ مهرَ مثلها المعتبرَ بقوم أبيها كيف يكون أقلَّ من العشرة مع أنَّ العشرة أقلُّ الواجب في المهر شرعاً؟! فتأمل.

[١٢١١٩] (قوله: في الأصح) وقيل: بعد الدُّخول ليس لأحدهما فسخه إلاَّ محضرة الآخر كما في "النهر"^(٤) وغيره، "ح"^(٥).

[١٢١٢٠] (قوله: فلا يُنافي وجوبه) قال في "النهر"^(٦): ((وقولُ [١٠٥ق/٣] "الزَّيلعي"^(٧): ولكلُّ منهما فسخه بغير محضَر من صاحبه لا يُريدُ به عدمُ الوجوب - إذ لا شكَّ في أنَّه خروجٌ من المعصية، والخروجُ منها واجبٌ - بل إفادة أنَّه أمرٌ ثابتٌ له وحده)) اهـ "ح"^(٨). وضميرُ ((يُنافي)) لتعبيرِ "المصنَّف" باللام في قوله: ((ولكلُّ))، وضميرُ ((وحده)) له ((كلُّ))، أي: يثبتُ لكلِّ منهما وحده.

[١٢١٢١] (قوله: بل يجبُ على القاضي) أي: إنَّ لم يتفرَّقا.

(١) من ((فقط)) إلى ((المثل)) ساقط من "٣".

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٣/٣ بتصرف.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٥ق/أ بتصرف.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٥ق/ب بتصرف.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٤ق/ب - ١٦٥ق/أ.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٤ق/ب.

(٧) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٢/٢.

(٨) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ١٦٥ق/أ.

(وتجبُ العِدَّةُ) بعد الوطءِ لا الخلوة.....

[١٢١٢٢] (قوله: وتجبُ العِدَّةُ) ظاهرُ كلامهم وجوبُها من وقتِ التفريقِ قضاءً وديانةً، وفي "الفتح" ^(١): ((يجبُ أن يكونَ هذا في القضاء، أما إذا عَلِمَتْ أنها حاضَتْ بعد آخرِ وطءٍ ثلاثاً ينبغي أن يَجِلَّ ^(٢)) لها التزوُّجُ فيما بينها وبين الله تعالى على قياسِ ما قَدَمْنَا ^(٣)) من نقلِ "العَتَانِي")) اهـ. ومحلُّه فيما إذا فُرِّقَ بينهما، أمَّا إذا حاضَتْ ثلاثاً من آخرِ وطءٍ ولم يُفَارِقْها فليس لها التزوُّجُ اتفاقاً كما أشار إليه في "غاية البيان"، وظاهرُ "الزَّيْلَعِي" يُوهِمُ خلافَهُ، "بحر" ^(٤).

[١٢١٢٣] (قوله: بعد الوطءِ لا الخلوة) أي: لا تجبُ بعد الخلوة المجردة عن وطءٍ، ووجوبُ العِدَّةِ بعد الخلوة ولو فاسدةً إنما هو في النكاحِ الصَّحِيحِ، وفي "البحر" ^(٥) عن "الذَّخِيرَةِ": ((ولو اختلفا في الدُّخُولِ فالقولُ له، فلا يَبْتُتُ شيءٌ من هذه الأحكامِ)) اهـ.

(قوله: وظاهرُ "الزَّيْلَعِي" يُوهِمُ خلافَهُ) عبارته: ((ويعتبرُ ابتداءُها من وقتِ التفريقِ، وقال "زُفَرٌ": من آخرِ الوَطْآتِ، واختاره "أبو القاسمِ الصَّفَّارُ"، حتَّى لو حاضَتْ ثلاثَ حَيِضٍ من آخرِ الوَطْآتِ قبلَ التفريقِ فقد انقضتِ)) اهـ. وما قاله في "البحر" نظرٌ فيه في "النَّهْر" حيثُ قال بعد عبارته التي نقلها "المُحَسَّنِي" عنه: ((وفيه نظرٌ ولم يبين وجهَهُ، وكأنَّ وجهَهُ: أنَّ عباراتهم كعبارة "الزَّيْلَعِي" تُفِيدُ أنَّ "زُفَرٌ" يعتبرُ ابتداءَ العِدَّةِ من آخرِ وطءٍ، وعبارة "الزَّيْلَعِي" كادت أن تكونَ صريحةً في ذلك، وحينئذٍ فلا يُعْمَلُ بإشارة "الغاية" وعبارة "غاية البيان"، ويعتبرُ ابتداءُ العِدَّةِ من وقتِ التفريقِ، وقال "زُفَرٌ": من آخرِ ما وطئها حتَّى لو حاضَتْ بعد الوطءِ قبلَ التفريقِ ثلاثَ حَيِضٍ ثمَّ وَجَدَ التفريقُ تنقضيَ العِدَّةِ عنده)) اهـ. ومعلومٌ أنَّ تفريقَ صورةٍ جزئيةٍ على كُلِّ لا يُخَصِّصُهُ - وما ذكرُوهُ من تعليله بأنَّ المؤثِّرَ في إيجابِها عنده الوطءُ لا العَقْدُ فيعتبرُ فيها آخرُ الوطءِ اهـ - يُفِيدُ التَّعَمُّيمَ أيضاً.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٥/٣.

(٢) في "م": ((يجل))، وهو خطأ.

(٣) المقلو [١٢٠٥٠] قوله: ((وتجب العدة)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٤/٣-١٨٥.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٤/٣.

لِلطَّلَاقِ لَا لِلْمَوْتِ.....

وفيه ^(١) عن "الفتح" ^(٢): ((ولو كانت هذه المرأة الموطوءة أخت امرأته حُرِّمَتْ عليه امرأته إلى انقضاء عِدَّتِها)).

[١٢١٢٤] (قوله: لِلطَّلَاقِ) متعلّقٌ بمحذوفٍ حالٍ من ((العِدَّةُ))، وقوله: ((لا للموت)) عطفٌ عليه، والمرادُ أنَّ الموطوءة بنكاحٍ فاسدٍ - سواءً فارَّقها أو مات عنها - تجبُ عليها العِدَّةُ التي هي عِدَّةُ طلاقٍ - وهي ثلاثُ حيضٍ - لا عِدَّةُ موتٍ وهي أربعة أشهرٍ وعشرٍ، وهذا معنى قولِ "المنح" ^(٣) و"البحر" ^(٤): ((والمراذُ بالعِدَّةِ هنا عِدَّةُ الطَّلَاقِ، وأمَّا عِدَّةُ الوفاةِ فلا تجبُ عليها من النِّكاحِ الفاسدِ)) اهـ.

ولا يصحُّ تعلُّقُ قوله: ((لِلطَّلَاقِ)) بقوله: ((تجبُ))؛ لأنَّ الطَّلَاقَ لا يتحقَّقُ في النِّكاحِ الفاسدِ، بل هو متاركةٌ كما في "البحر" ^(٥)، وكذا لا يصحُّ أن يُرادُ بقوله: ((لا للموت)) موتُ الرَّجُلِ قبل الوطءِ ليفيدَ أنَّه لو مات بعده تجبُ عِدَّةُ الموتِ؛ لما علمتَ من إطلاقِ عبارة "البحر" و"المنح": ((أنَّها لا تجبُ في النِّكاحِ الفاسدِ))، ولما سيأتي ^(٦) في باب العِدَّةِ: ((من أنَّها تجبُ

(قوله: لأنَّ الطَّلَاقَ لا يتحقَّقُ في النِّكاحِ الفاسدِ بل هو متاركةٌ إلخ) وأجاب "ح" بأنَّ الطَّلَاقَ قد يُرادُ به المتاركةُ كما سيأتي في باب نكاح الرِّقِيقِ في: ((طَلَّقَهَا أو فارَّقَهَا)) اهـ "ط". وقد يُجابُ عن "الحلي" في قوله: ((ليفيد)) أنَّه لو مات بعده تجبُ عِدَّةُ الموتِ بأنَّه أرادَ بها عِدَّةُ الموتِ في النِّكاحِ الفاسدِ وهي بالخِيَضِ لا بالأشهرِ، ولم يُردَّ بها عِدَّتَه بالأشهرِ، تأمَّل.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٤/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٥/٣.

(٣) "المنح": كتاب النكاح - باب المهر ١/٢٦ق/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٤/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٥/٣.

(٦) انظر "الدر" عند المقولة [١٥٢٢٦] قوله: ((وكذا موطوءة بشبهة أو نكاح فاسد)).

(من وقت التفريق) أو متاركة الزوج وإن لم تعلم المرأة بالمتاركة.....

بثلاث حيض كوامل في الموطوعة بشبهة أو نكاح فاسد في الموت والفرقة)) اهـ، أي: إن كانت حيض، وإلا فتلاثة أشهر أو وضع الحمل، فافهم.

[١٢١٢٥] (قوله: من وقت التفريق) أي: تفريق القاضي، ومثله التفرق، وهو [١٠٦ق/٣] فسخهما أو فسخ أحدهما، "ح"^(١). وهو متعلق بـ ((تجب))، أي: لا من آخر الوطأت خلافاً لـ "زفر"، وهو الصحيح كما في "الهداية"^(٢)، وأقره شراحها كـ "الفتح"^(٣) و"المعراج" و"غاية البيان"، وكذا صححه في "الملتنقى"^(٤) و"الجوهرة"^(٥) و"البحر"^(٦)، ولا يخفى تقديم ما في هذه المعتبرات على ما^(٧) في "مجمع الأنهر"^(٨) من تصحيح قول "زفر"، وعبارة "المواهب": ((واعتبرنا العدة من وقت التفريق لا من آخر الوطأت))، فافهم.

[١٢١٢٦] (قوله: أو متاركة الزوج) في "البرازية"^(٩): ((المتاركة في الفاسد بعد الدخول لا تكون إلا بالقول ك: خلئت سبيلك أو تركتك، وبجرّد إنكار النكاح لا يكون متاركة، أمّا لو أنكر وقال أيضاً: اذهبي وتزوجي كان متاركة، والطلاق فيه متاركة^(١٠)، لكن لا ينقص به عدّد الطلاق، وعدم مجيء أحدهما إلى الآخر بعد الدخول ليس متاركة؛ لأنها لا تحصل إلا بالقول، وقال صاحب "المحيط": وقبل الدخول أيضاً لا يتحقق إلا بالقول)) اهـ.

(١) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/١.

(٢) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ١١١/١.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٥/٣.

(٤) "ملتنقى البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٠/١.

(٥) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٨٧/٢.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٤/٣.

(٧) في "د" زيادة: ((على ما نقله المحشي عن "مجمع الأنهر")) ق ١٦٣/ب.

(٨) "مجمع الأنهر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٥٦/١.

(٩) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثالث عشر: في نكاح فاسد ١٤٤/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(١٠) ((والطلاق فيه متاركة)) ساقط "ق".

في الأصحّ

وخصّ "الشّارح" المتاركة بالزوج كما فعل "الزّليعي"^(١)؛ لأنّ ظاهر كلامهم أنّها لا تكون من المرأة أصلاً، مع أنّ فسخ هذا النّكاح يصحّ من كلّ منهما بمحضّر الآخر اتفاقاً، والفرق بين المتاركة والفسخ بعيد، كذا في "البحر"^(٢)، وفرّق في "النهر"^(٣): ((بأنّ المتاركة في معنى الطّلاق، فيختصّ به الزوج، أمّا الفسخ فرفع العقد، فلا يختصّ به وإن كان في معنى المتاركة))، وردّه "الخبر الرّملي": ((بأنّ الطّلاق لا يتحقّق في الفاسد، فكيف يقال: إنّ المتاركة في معنى الطّلاق؟! فالحقّ عدم الفرق، ولذا جزم به "المقدسي" في "شرح نظم الكثر" إلخ))، وتأمّله فيما علّقناه على "البحر"^(٤)، وسيأتي قبيل باب الطّلاق قبل الدّخول عن "الجوهرة": ((طلّق المنكوحه فاسداً ثلاثاً له تزوّجها بلا محلّ))، قال: ((ولم يحكّ خلافاً))، فهذا أيضاً مؤيّد لكون الطّلاق لا يتحقّق في الفاسد^(٥)، ولذا كان غير منقّص للعدد، بل هو متاركة كما علمت، حتّى لو طلقها واحدة ثمّ تزوّجها صحيحاً عادت إليه بثلاث طلاقات.

[١٢١٢٧] (قوله: في الأصحّ) هذا أحد قولين مُصحّحين، ورجمته في "البحر"^(٦)، وقال:

(قوله: وخصّ "الشّارح" المتاركة بالزوج إلخ) الظّاهر أنّ إضافة ((متاركة)) للزوج من إضافة المصدّر لفاعله، أو مفعوله باعتبار أنّها مُفاعلة بين الزوجين، وإذا صدرت منهما تكون للمفعول والفاعل بالاعتبار، ويدلّ لذلك اقتصارهم في التعبير عن التّفريق بمتاركة الزوج، وحينئذٍ لا حاجة لزيادة "الحليّ" التّفريق وهو فسّخهما أو فسّخ أحدهما.

(١) "تبين الحقائق": كتاب النّكاح - باب المهر ١٥٣/٢.

(٢) "البحر": كتاب النّكاح - باب المهر ١٨٥/٣.

(٣) "النهر": كتاب النّكاح - باب المهر ق ١٨٥/ب.

(٤) انظر حاشية "منحة الخالق على البحر الرائق": كتاب النّكاح - باب المهر ١٨٥/٣.

(٥) انظر "الدر" عند المقالة [١٣٣٤٥] قوله: ((له تزوّجها بلا محلّ)).

(٦) في "ب": ((الفاسد))، وهو خطأ.

(٧) "البحر": كتاب النّكاح - باب المهر ١٨٥/٣ معزياً إلى "القنية".

(ويثبت النسب) احتياطاً بلا دعوة (وتعتبر مدته) وهي ستة أشهر (من الوطاء، فإن كانت منه إلى الوضع أقل مدة الحمل) يعني: ستة أشهر فأكثر (يثبت) النسب (والأ) بأن وكلدته لأقل من ستة أشهر (لا) يثبت، وهذا قول "حمّد"، وبه يفتى،...

((إنه اقتصر عليه "الزيلعي"^(١)))، والآخر أنه شرط، حتى لو لم يعلمها بها لا تنقضي عدتها. [١٢١٢٨] (قوله: ويثبت النسب) أمّا الإرث فلا يثبت فيه، وكذا النكاح الموقوف، "ط"^(٢) عن أبي السعود^(٣).

[١٢١٢٩] (قوله: احتياطاً) أي: في إثباته لإحياء الولد، "ط"^(٤).

[١٢١٣٠] (قوله: وتعتبر مدته) أي: ابتداء مدته التي يثبت فيها.

[١٢١٣١] (قوله: وهي ستة أشهر) أي: فأكثر.

[١٢١٣٢] (قوله: من الوطاء) [١٠٦/٣] أي: إذا لم تقع الفرقة كما يأتي بيانه^(٥).

[١٢١٣٣] (قوله: يعني: ستة أشهر فأكثر) أشار إلى أن التقدير بأقل مدة الحمل إنما هو

للاحتراز عما دونه لا عما زاد؛ لأنها لو وكلدته لأكثر من سنتين من وقت العقد أو الدخول ولم يفارقها فإنه يثبت نسبه اتفاقاً، "بحر"^(٦).

(قوله: أمّا الإرث فلا يثبت فيه إلخ) انظر عبارة "أبي السعود" بتضيح لك المراء بما نقله "ط" عنه، وعبارة "أبي السعود": ((ولا توارث بين الزوجين في الفاسد والموقوف)) اهـ.

(١) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٣/٢.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٠/٢.

(٣) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب المهر ٦٢/٢.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٠/٢.

(٥) المقلّة [١٢١٣٤] قوله: ((وقال إلخ)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٤/٣ بتصرف.

وقالا: ابتداء المدّة من وقت العقد كالصحيح، ورجّحه في "النهر": ((بأنّه أحوط))،.....

[١٢١٣٤] (قوله: وقال الخ) تظهر فائدة الخلاف فيما إذا أتت بولدٍ لستة أشهرٍ من وقت العقد ولأقل منها من وقت الدخول، فإنه لا يثبت نسبه على المفتى به، "بحر"^(١).

(تنبية)

ذكر في "الفتح"^(٢): ((أنّه يُعتبر ابتداء المدّة من وقت التفريق إذا وقعتُ فرقة، وإلاّ فمن وقت النكاح أو الدخول على الخلاف))، واعتزّضه في "البحر"^(٣): ((بأنّه يقتضي أنّها لو أتت به بعد التفريق لأكثر من ستة أشهرٍ من وقت العقد أو الدخول، ولأقل منها من وقت التفريق أنّه لا يثبت نسبه مع أنّه يثبت))، وأجاب في "النهر"^(٤): ((بأنّ اعتبار ابتداء المدّة من وقت النكاح أو الدخول معناه نفى الأقل كما مرّ، واعتبارها من وقت التفريق معناه نفى الأكثر، حتّى لو جاءت به لأكثر من سنتين من وقت التفريق لا يثبت النسب)) اهـ، ومثله في "شرح المقدسي".

والحاصل: أنّه قبل التفريق يثبت النسب ولو ولّدته بعد العقد أو الدخول لأكثر من سنتين كما مرّ^(٥)، أمّا بعد التفريق فلا يثبت إلاّ إذا كان أقلّ من سنتين من حين التفريق، بشرط أن لا يكون بين الولادة والعقد أو الدخول أقلّ من ستة أشهر.

[١٢١٣٥] (قوله: ورجّحه في "النهر"^(٦)) ترجّحه لا يُعارض قول صاحب "الهداية" وغيره: ((إنّ الفتوى على قول "محمد")).

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٤/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٦/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٤/٣.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٥/١.

(٥) المقلوبة [١٢١٣٣] قوله: (يعني: ستة أشهرٍ فأكثر).

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٥/١.

وذكرَ من التَّصَرُّفَاتِ الفاسدةِ إحدى وعشرين، ونظَّم منها العشرةَ التي في "الخلاصة"^(١)، فقال^(٢): [رجز]

وفاسدٌ من العقودِ عشرٌ	إجارةٌ وحكمٌ هذا الأجرُ
وجوبٌ أدنى مثلٍ أو مسمًى	أو كلُّه مع فقْدِكَ المسمًى
والواجبُ الأكثرُ في الكتابةِ	من الذي سمَّاهُ أو من قيمةِ

مطلب: التَّصَرُّفَاتُ الفاسدةُ

[١٢١٣٦] (قوله: وذكرَ من التَّصَرُّفَاتِ الفاسدةِ) أي: التي تفسدُ إذا فُقِدَ منها شرطٌ من^(٣) شُرُوطِ الصَّحَّةِ.

[١٢١٣٧] (قوله: وحكمٌ هذا) أي: حكمُ الإجارةِ الفاسدةِ بشرطٍ فاسدٍ كمرمَّةٍ دارٍ، أو بجهالةِ المسمًى، أو بعدمِ التَّسميةِ، أو بتسميةِ نحوِ خمرٍ. و((الأجرُ)) خبرٌ ((حكمُ))، والمرادُ به أجرُ المثلِ أو المسمًى في الصُّورةِ الأولى وأجرُ المثلِ بالغاً ما بلغَ في الثلاثةِ الأخيرةِ، وقد فصلَ ذلك بقوله^(٤): ((وجوبٌ أدنى مثلٍ إلخ.))، ف((أدنى)) إمَّا مضافٌ وإضافةٌ بيانيةٌ، أو غيرُ مضافٍ و((مثلٍ)) بدلٌ منه كما لا يخفى، "ح"^(٥).

[١٢١٣٨] (قوله: والواجبُ الأكثرُ إلخ) يعني: أنَّ الكتابةَ الفاسدةَ - كما إذا كاتبهُ على عينٍ مُعَيَّنةٍ لغيرِهِ - يجبُ على المكاتبِ الأكثرُ من قيمتهِ والمسمًى. [٣/١٠٧ق/١] وتناء ((الكتابة)) و((القيمة)) مجروران، ولا يُوقَفُ عليهما بالهاءِ لئلا تَحْتَلِفَ القافيةُ، "ح"^(٦).

(١) "الخلاصة": كتاب النكاح - الفصل الثالث عشر في النكاح الفاسد ق ٨٤/أ.

(٢) أي: صاحب "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٤/ب.

(٣) ((شرط من)) ساقط من "٣".

(٤) في "ب": ((بقوله))، وهو خطأ.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/أ.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/أ.

وفي النكاح المثل إن يكن دَخَلَ وخارجُ البذرِ لمالكٍ أَجَلَ
والصُّلْحُ والرَّهْنُ لكلِّ نَقْضُهُ أمانةٌ أو كالصَّحِيحِ حكمُهُ

[١٢١٣٩] (قوله: وفي النكاح) أي: الفاسدُ بعدمِ الشَّهْوِدِ مثلاً مهرُ المثل^(١)، أي: بالغاً ما بَلَغَ إن لم يُسَمَّ ما يَصْلُحُ مهراً، وإلاَّ فالأقلُّ من مهرِ المثل أو المسمَّى، "ح"^(٢).

[١٢١٤٠] (قوله: إن يكن دَخَلَ) أمَّا إذا لم يَدْخُلْ لا يَجِبُ شيءٌ، "ح"^(٣).

[١٢١٤١] (قوله: وخارجُ البذرِ) يعني: أنَّ المزارعةَ الفاسدةَ - كما إذا شَرِطَ فيها قُفْزَانٌ مُعَيَّنَةٌ لأحدهما - يَكُونُ الخارجُ فيها لصاحبِ البذرِ، ثُمَّ إنَّ كانت الأرضُ له فعليه مثلُ أَجْرِ العاملِ، وإذا كان البذرُ من العاملِ فعليه أَجْرُ مثلِ الأرضِ، "ح"^(٤).

[١٢١٤٢] (قوله: أَجَلَ) تَكْمِلَةٌ بِمعنى نَعَمَ، "ح"^(٥).

[١٢١٤٣] (قوله: والصُّلْحُ والرَّهْنُ) أي: الصُّلْحُ الفاسدُ بنحوِ جهالةِ البَدَلِ المصَالِحِ عليه، والرَّهْنُ الفاسدُ كرهْنِ المُشَاعِ لكلِّ من المتعاقدين نَقْضُهُ، "ح"^(٦).

[١٢١٤٤] (قوله: أمانةٌ) خبرٌ مُبْتَدَأٌ^(٧) محذوفٌ عَائِدٌ على كُلِّ من بَدَلِ الصُّلْحِ والمرهونِ اللَّذَيْنِ دَلَّ عليهما الصُّلْحُ والرَّهْنُ، "ح"^(٨)، أي^(٩): يَكُونُ ما في يَدِ المصَالِحِ من بَدَلِ الصُّلْحِ^(١٠)

٣٥٢/١

(قوله: ((أَجَلَ)) تَكْمِلَةٌ بِمعنى نَعَمَ لو جَعَلَ ((أَجَلَ)) اسْمَ تَفْضِيلٍ بِمعنى: أعظمُ يَكُونُ أَنْسَبَ.

(١) في "الأصل": ((ومثله مهر المثل))، وفي "ت": ((مثلاً مثل المهر)).

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/أ.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/أ.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/أ.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/أ.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/أ.

(٧) في "ب": ((أي: مبتدأ))، وهو خطأ.

(٨) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/أ.

(٩) ((أي:)) ساقطة من "ب"، وفي "م": ((ولرهن أي: حينئذ يَكُون)).

(١٠) ((من بدل الصلح)) ساقط من "ب" و"م".

ثُمَّ الهَبَةُ مضمونةٌ يَوْمَ قَبْضٍ وَصَحَّ يَبْعُهُ لِعَبْدٍ اقْتَرَضَ

أمانةً، وكذلك المصالحُ عليه في يد مَنْ هو في يده، وكذلك الرهنُ في يدِ المرتَهِنِ؛ لأنَّ كُلاً قَبْضَ مالٍ^(١) صاحبه بإذنه، لكنَّه قَبْضُهُ لِنَفْسِهِ لا لِمَالِكِهِ، فينبغي أن يكونَ مضموناً عليه، وهو ما أشار إليه بقوله: ((أو كالصَّحِيحِ حَكْمُهُ))، وحكمُ الصَّحِيحِ في الصُّلْحِ أنه مضمونٌ عليه ببذلِ الصُّلْحِ، وصحیحُ الرهنِ مضمونٌ بالأقلِّ من قيمتهِ ومن الدَّيْنِ، وينبغي أن يكونَ هذا هو المعتمد، "رحمته".

قلت: وسيأتي^(٢) في كتاب الرهنِ التوفيقُ بأنَّ فاسدَ الرهنِ كصحِّحِهِ إذا كان سابقاً على الدَّيْنِ، وإلا فلا، ويأتي^(٣) تمامُهُ هناك إن شاء الله تعالى.

[١٢١٤٥] (قوله: ثُمَّ الهَبَةُ) بسكونِ الهاءِ للضَّرورة، يعني: أنَّ الموهوب مضمونٌ على الموهوبِ له بالقيمةِ يَوْمَ القَبْضِ في الهبةِ الفاسدةِ كَهَبَةِ مُشَاعٍ يُقَسَّمُ، "ح"^(٤)؛ لأنَّه قَبْضُهُ لِنَفْسِهِ، وَمَنْ قَبْضَ لِنَفْسِهِ - ولو بإذنِ مالِكِهِ - كان قبضُهُ^(٥) قبضَ ضمان، "رحمته".

[١٢١٤٦] (قوله: وَصَحَّ يَبْعُهُ) أي: يَبْعُ المستقرِضِ، واللَّامُ لتعديةِ البيعِ، وقوله: ((اقْتَرَضَ)) نَعَتْ لـ ((عَبْدٍ))، وفاعلهُ مستترٌ عائِدٌ على المُستقرِضِ، ومفعولُهُ محذوفٌ عائِدٌ على العبدِ، يعني: إذا استقرِضَ عبداً كان قرضاً فاسداً؛ لأنَّه قِيمِيٌّ يَفِيدُ المَلِكُ فيصحُّ يَبْعُهُ، "ح"^(٦). وقال "ط"^(٧): ((اللَّامُ في: لِعَبْدٍ^(٨) زائدةٌ)).

(١) ((مال)) ساقطة من "ث".

(٢) المقولة [٣٤٦٨٠] قوله: ((فهو الحكم في الرهن الفاسد)).

(٣) المقولة [٣٤٦٨٠] قوله: ((فهو الحكم في الرهن الفاسد)).

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/١ بتوضيح من ابن عابدين.

(٥) من ((قبضه لنفسه)) إلى ((كان قبضه)) ساقطة من "ث".

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/١.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٠/٢ بتصرف.

(٨) في "ب": ((العبد))، وهو خطأ.

مُضَارَبَةٌ وَحَكْمُهَا الْأَمَانَةُ وَالمَثْلُ فِي الْبَيْعِ وَإِلَّا الْقِيَمَةُ

[١٢١٤٧] (قوله: مُضَارَبَةٌ) يسكون الهاء للضرورة، يعني: أنَّ المضاربة الفاسدة بنحو اشتراط عمل رب المال حكمها الأمانة، أي: يكون مال المضاربة [١/١٠٧ق/٣] في يد المضارب أمانة، "ح" ^(١)، أي: لأنه قبضها للمالكها بإذنه، وما كان كذلك فهو أمانة، ولأنه لما فسدت صار المضارب أحرراً، والمال في يد الأجير أمانة، "رحمته".

[١٢١٤٨] (قوله: والمثل في البيع) أي: الواجب في البيع الفاسد بنحو شرط لا يقتضيه العقد ضمان مثل المقبوض المالك إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيميّاً، وتاء ((الأمانة)) و((القيمة)) مرفوعان، ولا يؤقف عليهما بالسكون لِمَا مرَّ، "ح" ^(٢).

وأما بقية الإحدى والعشرين فقال في "النهر" ^(٣): ((وبقي من التصرفات الفاسدة الصدقة، والخلع، والشركة، والسلم، والكفالة، والوكالة، والوقف، والإقالة، والصرف، والوصية، والقسمة. أما الصدقة ففي "جامع الفصولين" ^(٤): أنها كالحبة الفاسدة مضمونة بالقبض، وأما الخلع فحكمه أنه إذا بطل العوض فيه وقع بائناً، وذلك كالخلع على خمر أو خنزير أو ميتة، وأما الشركة - وهي المفقود منها شرطها - مثل أن يجعل الربح فيها على قدر المال كما في "الجمع"، ولا ضمان عليه لو هلك المال في يده كما في "جامع الفصولين" ^(٥)، وأما السلم - وهو ما فقد فيه شرط من شرائط الصحة - فحكم رأس المال فيه كالمغصوب، فيسمح فيه أن يأخذ به ما بدا له يداً بيد، كذا في "الفصول"، وأما الكفالة - كما إذا جهل المكفول عنه مثلاً كقوله: ما بايعت

(١) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/١.

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/١.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٤/ب - ١٨٥/١.

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الثلاثون: في التصرفات الفاسدة، وأحكامها، وفيما يكون مضموناً بالقبض والحبس وما لا يكون ٥٧/٢.

(٥) "جامع الفصولين": الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها وفيما يكون مضموناً بالقبض والحبس وما لا يكون ٦١/٢ يتصرف.

أحداً فعلياً - فحكمها عدم الوجوب عليه، ورجع بما أذاه حيث كان الضمان فاسداً، كذا في "الفصول" أيضاً، وأمّا الوكالة، والوقف، والإقالة، والصرف، والوصية فالظاهر أنهم لم يفرقوا بين فاسدها وباطلها، وصرحوا بأن الإقالة كالنكاح لا يطلها الشرط الفاسد، وقد عرفت أنه لا فرق بين فاسده وباطله، وقالوا: لو وقعت الإقالة بعد القبض بعدما وكّلت الجارية فهي باطلة)) اهـ.

أقول: وما عناه إلى "المجمع" في قوله: ((وأمّا الشّرْكة إلخ)) فغير موجود فيه، ولم نر أحداً قاله، بل تجوز الشّرْكة مع التساوي في الرّبح وعدمه، فالصّواب أن يُمثّل بالتي شرط فيها دراهم مُسمّاة لأحدهما، فإنّه مُفسد لها، وحكم الفاسدة أن يُجعل الرّبح فيها على قدر المال وإن شرط التفاضل، وهذا هو الذي في "المجمع" وغيره، فافهم.

وذكر القسمة ولم يتعرض لحكمها، وسيذكر^(١) "المصنف" و"الشّارح" في بابها: ((أنّ المقبوضة بالقسمة الفاسدة كقسمة على شرط هيئة أو صدقة أو بيع من المقسوم أو غيره يثبت للملك فيه، ويفيد جواز التصرف فيه لقابضيه، ويضمّنه بالقيمة كالمقبوض بالشراء الفاسد، وقيل: لا يثبت^(٢)، [١٠٨/٣] وجرّم بالقيّل في "الأشياء"^(٣)، وبالأوّل في "البرازية"^(٤) و"القنية"^(٥))) اهـ. وما ذكره في النكاح من عدم الفرق بين فاسده وباطله قد علمت ما فيه.

هذا، وقد زاد "الرّحمتي" الحوالة، ونظّم حكمها مع حكم ما زاد على العشرة تكميلاً لنظّم "النّهر" على الترتيب المذكور، فقال: [رجز]

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٣٢١١] قوله: ((جرّم بالقيّل في "الأشياء")).

(٢) في "الأصل" و"ب": ((لا يشته))، وفي "ت": ((لا يشته))، وما أثبتناه هو الصواب.

(٣) "الأشياء والنظائر": الفن الثاني: في الفوائد - كتاب القسمة ص ٣٣٦.

(٤) "البرازية": كتاب القسمة - الفصل الثالث: في الاستحقاق والقسمة - نوع في الدين ١٥١/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "القنية": كتاب القسمة - باب ما يجوز من القسمة ١١٧/ب.

صَدَقَةٌ كَهَبَّةٍ سَوَاءٍ
 إِنَّ شَرْطَ الْخَمْرِ أَوْ الْخَنْزِيرِ أَوْ
 بَقْدَرٍ مَالٍ رِبْحٍ شِرْكَةٌ فَسَدُ
 وَلَا ضَمَانٌ بِهَلَاكِ الْمَالِ
 وَسَلَّمَ بَعْضُ شُرُوطِهِ فُقِدَ
 وَرَأْسُ مَالٍ فِيهِ كَالْمَغْصُوبِ عُدَّ
 كِفَالَةُ الْبُجْهُولِ مُفْسِدٌ لَهَا
 إِذَا بَنَى الدَّفْعَ عَلَى الْكِفَالَةِ
 وَفَاسَدَ الْقِسْمَةُ إِنْ شَرَطَ نَعِي
 فِيمَلَكَ الْمَقْسُومُ بِالْقِيمَةِ إِنْ
 وَكَالَةَ وَصَايَةَ وَالْوَقْفُ
 لَا فَرْقَ فِيهَا بَيْنَ مَا قَدْ فَسَدَا
 حَوَالَةَ بِشَرْطٍ أَنْ يُوَدِّيَ
 فَإِنْ يُوَدِّدَ الْمَالَ فَهُوَ رَاجِعُ

وَالْخُلْعُ بَائِنٌ وَلَا جَزَاءُ
 لِمَيْتَةٍ بَذَلَهُ كَذَا رَأَوْا
 كَانَ لِقَطْعِ شِرْكَةِ الرِّيحِ قَصْدُ
 فِي يَدِهِ حُزْتُ ذُرًّا^(١) الْمَالِي
 فَفَاسَدَ كَمَا مِنَ الْفَقِيهِ شَهِدَ
 فَخُذْ بِهِ مَا شِئْتَ إِنْ يَدًا يَبْدُ
 فَارْجِعْ بِمَا أَدَيْتَ إِنْ حَبَّ دَهَى
 وَلَا رُجُوعَ إِنْ يُرَدُّ وَقَالَ لَهُ
 لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ يَا هَذَا الْكَمِي
 يُقْبَضُ وَقِيلَ لَا فَقَدْ فَازَ الْفَطِينُ
 إِقَالَةُ يَا صَاحِبَ ثُمَّ الصَّرْفُ
 وَبَيْنَ بَاطِلٍ هُدَيْتَ الرَّشْدَا
 مِنْ بَيْعِ دَارٍ لِلْمُجِيلِ يُرَدِّي
 عَلَى الْمُجِيلِ^(٢) أَوْ مُحَالٍ خَاشِعُ

٣٥٣/٢

وقوله: ((فخذْ به ما شئت إلخ)) أي: له أن يستبدل برأس مال السلم الفاسد بخلاف الصحيح، لكن بشرط أن يكون يداً يبيع؛ لئلا يفصل عن ديني بدتين، وقوله: ((إذا بنى الدفع على الكفالة إلخ)) أي: لو ظن لزومها له، فأداه عما كفله وقال: هذا ما كفلت لك به رجع عليه؛ لأنه أداه ما ليس بلزام عليه على زعم لزومه، كما لو قضاه دينه ثم تبين أن لا دين عليه، وأما إذا قال: خذ هذا وفاء عما لك في ديني فلا يرجع عليه؛ لأن من قضى دين غيره بلا أمره لا رجوع له على أحد.

(١) في "الأصل": ((ذري))، وفي "ب" و"ت": ((ذري)).

(٢) في "م": ((المجبل))، وهو خطأ.

(و) الحرّة^(١) (مهرٌ مثلُها) الشرعيُّ (مهرٌ مثلُها) اللغويُّ، أي: مهرٌ امرأةٌ تُماثلُها
(من قومِ أبيها).....

[١٢١٤٩] (قوله: والحرّة) احتَرَزَ بها عن الأُمّةِ كما يأتي^(٢).

مطلبٌ في بيان مهرِ المثل

[١٢١٥٠] (قوله: مهرٌ مثلُها) مبتدأٌ خبره قوله: ((مهرٌ مثلُها))، ولا يلزمُ الإخبارُ عن الشَّيءِ
بنفسه؛ لما أشارَ إليه من اختلافِهما شرعاً ولغةً، ولأنَّ الثاني مُقَيَّدٌ بقوله: ((من قومِ أبيها^(٣))).
ثمَّ^(٤) اعلم أنَّ اعتبارَ مهرِ المثلِ المذكورِ حكمٌ كلِّ نكاحٍ صحيحٍ لا تسميةٌ فيه أصلاً، أو
سمِّيَ فيه ما هو مجهولٌ أو ما لا يحلُّ شرعاً، وحكمٌ كلِّ نكاحٍ فاسدٍ بعد الوطءِ سمِّيَ فيه مهرًا
أو لا، وأمَّا المواضعُ التي يجبُ فيها المهرُ بسببِ الوطءِ بشبهةٍ فليس المرادُ بالمهرِ فيها مهرُ المثلِ
المذكورُ هنا؛ لِمَا في "الخلاصة"^(٥): ((أنَّ المرادَ به العُقْرُ))، وفسرهُ "الإسبيعيُّ"^(٦): [٣/١٠٨ق/ب]

(قوله: فليس المرادُ بالمهرِ فيها مهرُ المثلِ المذكورُ هنا لِمَا في "الخلاصة": أنَّ المرادَ به العُقْرُ إلخ) قال
في "حاشية البحر": ((ذكرَ ما في "الخلاصة" في "البرازية"، و"غُررِ الأذكار"، و"المقدسي" في "الرمز"))،
ثمَّ قال: ((وفي "واقعات الناطقي": مهرُ المثلِ ما يتزوَّجُ به مثلُها)) اهـ.

قلت: وفي "الفيض" - بعد ذكرِ ما في "الخلاصة" -: ((وقال بعضُ المحقِّقين: العُقْرُ في الحرائرِ مهرُ المثلِ،
وفي الجوّاري أباكراً عُشْرُ القيمةِ، وتبياتُ نصفِ العُشْرِ. وقيل: في الجوّاري يُنظرُ إلى مثِلِ تلكِ الجاريةِ بكمِّ
يتزوَّجُ مثلُها حملاً ومولًى فيُعتبرُ بذلك وهو المختار)) اهـ. وفي الفصلِ الثاني عشر من "التارخانية" ذكرَ ما
هنا معزّياً إلى "المحيط"، ثمَّ أعقبه بقوله: ((وروي عن "أبي حنيفة" رحمه الله قال: تفسيرُ العُقْرِ هو ما يتزوَّجُ به
مثلُها، وعليه الفتوى)) اهـ. فظهر أنَّ في المسألة خلافًا، وأنَّ المُفتيَ به خلافُ ما هنا.

(١) في "د" زيادة: ((وأمّا الأمة فعلى قدر الرغبة فيها، وعن الأوزاعي ثلث قيمتها. كذا في "المجتبى" و"الخزانة"). ق ١/٦٤.

(٢) "در" ٤٦٣ -.

(٣) في "ب" و"آ": ((من مهر أبيها)) والصواب ما أثبتناه.

(٤) في "د" زيادة: ((قال في "البحر"). ق ١/٦٤).

(٥) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر ق ٨٣/أ. والخبر منقول بتمامه عن

القاضي "نجم الدين" نقلاً عن "الإسبيعي" القاضي.

لَا أُمُّهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ مِنْ قَوْمِهِ كَبِنْتَ عَمَّهُ، وَفِي "الخلاصة"^(١): ((وَيُعْتَبَرُ بِأَخَوَاتِهَا وَعَمَّاتِهَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَبِنْتُ الشَّقِيقَةِ وَبِنْتُ الْعَمِّ)) انتهى،.....

((بَأَنَّهُ يُنْظَرُ: بِكُمْ تُسْتَأْجَرُ لِلزَّانَا لَوْ كَانَ حَلَالًا؟ يَجِبُ ذَلِكَ الْقَدْرُ، وَكَذَا نَقَلَ عَنْ مَشَائِخِنَا فِي شَرْبِ "الأصل" لـ "السرخسي") اهـ.

وظاهره أنه لا فَرْقَ بَيْنَ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ، وَبِخَالْفَةِ مَا فِي "الحيط": ((لَوْ زُفَّتْ إِلَيْهِ غَيْرُ امْرَأَتِهِ فَوَطَّئَهَا لَزِمَهُ مَهْرُ مِثْلِهَا))، إِلَّا أَنْ يُحْمَلَ عَلَى الْعُقْرِ الْمَذْكُورِ تَوْفِيقًا، "بجر"^(٢).

[١٢١٥١] (قوله: لَا أُمُّهَا) المقصودُ أَنَّهُ لَا عِتَابَ لِلْأُمِّ وَقَوْمِهَا مَعَ قَوْمِ الْأَبِ، لَا أَنَّهُ لَا تُعْتَبَرُ أَصْلًا حَتَّى تَكُونَ أَدْنَى حَالًا مِنَ الْأَجَانِبِ، "ط"^(٣) عَنِ "البرجندي".

قلت: لَكِنَّ الْأُمَّ قَدْ تَكُونُ مِنْ قَبِيلَةٍ لَا تُمَازِلُ قَبِيلَةَ الْأَبِ، وَالْمُعْتَبَرُ مِنَ الْأَجَانِبِ مَنْ كَانَتْ مِنْ قَبِيلَةٍ تُمَازِلُ قَبِيلَةَ الْأَبِ عَلَى مَا يَأْتِي^(٤)، فَمَنْ كَانَتْ كَذَلِكَ^(٥) فَهِيَ أَعْلَى حَالًا مِنَ الْأُمِّ، فَافْهَم.

[١٢١٥٢] (قوله: كَبِنْتَ عَمَّهُ) مِثَالٌ لِلْمُنْفِي، "ح"^(٦)، أَي: الْمُنْفِي فِي قَوْلِهِ: ((إِنْ لَمْ تَكُنْ

(قَوْلُ "الشَّارِحِ": وَفِي "الخلاصة": وَيُعْتَبَرُ بِأَخَوَاتِهَا وَعَمَّاتِهَا (الخ) مَا فِي "الخلاصة" مُشْكِلٌ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ بَنَاتِ الْأَخَوَاتِ وَالْعَمَّاتِ مِنْ عَشِيرَةِ أَبِيهَا، وَقَدْ يَكُونُ أَبَاؤُهُنَّ مِنْ غَيْرِ عَشِيرَتِهِ، وَعُطِفَ بِنْتُ الْعَمِّ عَلَى بِنْتِ الشَّقِيقَةِ مَعَ أَنَّ بِنْتَ الْعَمِّ مِنْ قَوْمِ الْأَبِ "رَحْمَتِي". وَنَصُّ عِبَارَتِهَا: ((وَفِي "الأصل": مَهْرُ الْمَثَلِ نِسَاءُ عَشِيرَةِ أَبِيهَا وَهُنَّ الْأَخَوَاتُ وَالْعَمَّاتُ وَبَنَاتُهُنَّ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا أُخْتُ وَلَا عَمَّةٌ (الخ)).

(١) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر - جنس آخر في هبة المهر ق ٨٢/أ؛ يتصرف.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٦/٣.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦١/٢.

(٤) "در" ص ٤٦٧-.

(٥) ((كَذَلِكَ)) لَيْسَتْ فِي "الأصل".

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/ب.

ومُفَادُهُ اعتبارُ الترتيب، فليُحفظ.....

«مِنْ قَوْمِهِ»)، وَالضَّمِيرُ فِيهِمَا لِلأَب، فَالْأُمُّ إِذَا كَانَتْ بِنْتُ عَمِّ الأَب كَانَتْ مِنْ قَوْمِ الأَب، وَقَوْلُ "الدَّرَر" ^(١): ((كَبِنْتُ عَمَّهَا)) سَبَقُ قَلَمٍ أَوْ مَحَازٍ.

[١٢١٥٣] (قَوْلُهُ: وَمُفَادُهُ اعتبارُ الترتيب) كَذَا فِي "الْبَحْر" ^(٢) وَ"النَّهْر" ^(٣)، لَكِنْ قَالَ فِي "الْبَحْر" ^(٤) بَعْدَهُ: ((وِظَاهَرُ كَلَامِهِمْ خِلَافَهُ)) اهـ.

قُلْتُ: وَتَظْهَرُ الثَّمَرَةُ فِيمَا لَوْ سَاوَتْهَا أُخْتُهَا وَبِنْتُ عَمَّهَا مِثْلًا فِي الصِّفَاتِ الْمَذْكُورَةِ وَاخْتَلَفَ مَهْرَاهُمَا، فَعَلِيَ مَا فِي "الْخِلَاصَةِ" ^(٥) تُعْتَبَرُ الأُخْتُ، وَأَمَّا عَلَى ظَاهِرِ كَلَامِهِمْ فَيُشْكِلُ، وَقَدْ قَالَ فِي "الْبَحْر" ^(٦): ((وَلَمْ أَرَ حَكَمَ مَا إِذَا سَاوَتْ الْمَرْأَةُ امْرَأَتَيْنِ مِنْ أَقَارِبِ أَيْبَاهَا مَعَ اخْتِلَافِ مَهْرِهِمَا ^(٧) هَلْ يُعْتَبَرُ بِالْمَهْرِ الأَقْلُ أَوْ الأَكْثَرُ؟ وَيَنْبَغِي أَنْ كُلُّ مَهْرٍ اعتَبَرَهُ الْقَاضِي وَحَكَمَ بِهِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ لِقَلَّةِ التَّفَاوُتِ)) اهـ.

وَفِيهِ أَنَّهُ قَدْ يَكُونُ التَّفَاوُتُ كَثِيرًا، وَقَالَ "الْخَيْرُ الرَّمْلِيُّ": ((نَصَّ عِلْمَاؤُنَا عَلَى أَنَّ التَّفْوِيزَ لِقَضَاةِ الْعَهْدِ فُسَادٌ، وَالَّذِي يَقْتَضِيهِ نَظَرُ الْفَقِيهِ اعتِبَارُ الأَقْلِ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ)) اهـ.

قُلْتُ: وَيُظْهَرُ لِي أَنَّهُ يُنْظَرُ فِي مَهْرٍ كُلٍّ مِنْ هَاتَيْنِ الْمَرَاتِينِ، فَمَنْ وَافَقَ مَهْرُهَا مَهْرَ مِثْلِهَا تُعْتَبَرُ؛ إِذْ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ حَصَلَ فِي مَهْرٍ إِحْدَاهُمَا مَحَابَاةً مِنَ الزَّوْجِ أَوْ الزَّوْجَةِ، تَأْمَلُ.

(قَوْلُهُ: وَقَوْلُ "الدَّرَر": ((كَبِنْتُ عَمَّهَا)) سَبَقُ قَلَمٍ، أَوْ مَحَازٍ) أَي: بِنْتُ عَمِّ أَيْبَاهَا، كَمَا فِي "الشَّرْحِ لِلْبَلَاغِيِّ".

(١) "الدَّرَر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٣٤٦/١ وَفِي الْمَطْبُوعَةِ الَّتِي بَيْنَ أَيْدِينَا: ((بِنْتُ عَمِّ)).

(٢) "الْبَحْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٨٦/٣.

(٣) "النَّهْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٨٥/ب.

(٤) "الْبَحْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٨٦/٣.

(٥) "خِلَاصَةُ الْفَتَاوَى": كِتَابُ النِّكَاحِ - الْفَصْلُ الثَّانِي عَشَرَ فِي الْمَهْرِ ٨٢٢/أ.

(٦) "الْبَحْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٨٦/٣ بِتَصْرِفٍ.

(٧) فِي "ب": ((مَهْرَهَا)).

وَتُعْتَبَرُ الْمَمَاتِلَةُ فِي الْأَوْصَافِ (وَقْتَ الْعَقْدِ سِنًا، وَجَمَالًا، وَمَالًا).....

[١٢١٥٤] (قوله: في الأوصاف) الأولى حذفه لإغناء قوله: ((سِنًا إلخ)) عنه مَعَ احتياجه إلى تكلفٍ في الإعراب.

[١٢١٥٥] (قوله: وَقْتَ الْعَقْدِ) ظرفٌ لـ ((مثليها)) الثانية بالنظر للمتن، ولـ ((تُعتبر)) بالنظر للشَّارح. اهـ "ح" (١).

والمعنى: أَنَّهُ إِذَا أَرَدْنَا أَنْ نَعْرِفَ مَهْرَ مِثْلِ امْرَأَةٍ تَزَوَّجَتْ بِلا تسميةٍ مثلاً ننظرُ إلى صفاتها وَقْتَ تَزَوُّجِهَا مِنْ سِنٍ وَجَمَالٍ إلخ، وإلى امرأةٍ مِنْ قَوْمِ أَبِيهَا كَانَتْ حِينَ تَزَوَّجَتْ فِي السَّنِّ وَالْجَمَالِ إلخ مِثْلَ الْأُولَى، [١/١٠٩/٣] ولا عِرةَ بما حَدَّثَ بعد ذلك في واحدةٍ منهما من زيادةِ جَمَالٍ ونحوه أو نقصٍ، أفادَهُ "الرحمى".

[١٢١٥٦] (قوله: سِنًا) أَرَادَ بِهِ الصَّغَرَ أَوِ الْكِبَرَ، "بهر" (٢)، ومثله في "غاية البيان". وظاهره أَنَّهُ لَيْسَ الْمُرَادُ تَحْدِيدُ السَّنِّ بِالْعَدَدِ كَعَشْرِينَ سَنَةً مثلاً، بَلْ مُطْلَقَ الصَّغَرِ أَوِ الْكِبَرِ فِيمَا لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّفَاوُتُ عُرْفًا، فَبُنْتُ عَشْرِينَ مِثْلُ بُنْتُ ثَلَاثِينَ، وَلِذَا قَالَ فِي "المعراج": ((لأنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ هَذِهِ الْأَوْصَافِ، فَإِنَّ الْغَنِيَّةَ تُنَكِّحُ بِأَكْثَرِ مَا تُنَكِّحُ بِهِ الْفَقِيرَةُ، وَكَذَا الشَّابَّةُ مَعَ الْعَجُوزِ وَالْحَسَنَاءُ مَعَ الشَّوْهَاءِ)) اهـ.

وظاهره أَنَّ بَقِيَّةَ الصِّفَاتِ كَذَلِكَ، فَيُعْتَبَرُ الْمَمَاتِلَةُ فِي أَصْلِ الصِّفَةِ احْتِرَازًا عَنْ ضِدِّهَا لَا عَنْ الزِّيَادَةِ فِيهِ. ٣٥٤/٢

[١٢١٥٧] (قوله: وَجَمَالًا) وقيل: لَا يُعْتَبَرُ الْجَمَالُ فِي بَيْتِ الْحَسَبِ وَالشَّرَفِ بَلْ فِي أَوْسَاطِ

(قوله: مَعَ احتياجه إلى تكلفٍ في الإعراب) لم يظهر وجهُ التَّكْلُفِ.

(١) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٨٥.

وَبَلَدًا، وَعَصْرًا، وَعَقْلًا، وَدِينًا، وَبَكَارَةً، وَثُبُوبَةً، وَعِفَّةً، وَعِلْمًا، وَأَدَبًا، وَكَمَالَ خُلُقٍ..

النَّاسِ، وَهَذَا جَيِّدٌ، "فَتْح" ^(١). وَالظَّاهِرُ اعْتِبَارُهُ مُطْلَقًا، "بِحَرْ" ^(٢). وَكَذَا رَدُّهُ فِي "النَّهْرِ" ^(٣) بِإِطْلَاقِ عِبَارَةِ "الْكُنْزِ" وَغَيْرِهِ.

قُلْتُ: وَوَجْهُهُ أَنَّ الْكَلَامَ فِيمَنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمِ أَبِيهَا، فَإِذَا سَاوَتْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى فِي الْحَسَبِ وَالشَّرَفِ وَزَادَتْ عَلَيْهَا فِي الْجَمَالِ كَانَتْ الرَّغْبَةُ فِيهَا أَكْثَرَ.

[١٢١٥٨] (قَوْلُهُ: وَبَلَدًا وَعَصْرًا) فَلَوْ كَانَتْ مِنْ قَوْمِ أَبِيهَا لَكِنْ اخْتَلَفَ مَكَانُهُمَا أَوْ زَمَانُهُمَا لَا يُعْتَبَرُ بِعَمَرِهَا؛ لِأَنَّ الْبُلْدِينَ تَخْتَلِفُ عَادَةُ أَهْلِهَا فِي غِلَاءِ الْمَهْرِ وَرُخْصِيهِ، فَلَوْ زُوِّجَتْ فِي غَيْرِ الْبَلَدِ الَّذِي زُوِّجَ فِيهِ أَقْرَبُهَا لَا يُعْتَبَرُ بِمَجْهُورِهَا، "فَتْح" ^(٤)، وَمِثْلُهُ فِي "كَافِي الْحَاكِمِ" الَّذِي هُوَ جَمْعُ كَسْبٍ "مَحْمَدٍ"، حَيْثُ قَالَ: ((وَلَا يُنْظَرُ إِلَى نِسَائِهَا إِذَا كُنَّ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ بِلْدِهَا؛ لِأَنَّ مُهَوَّرَ الْبُلْدَانِ مُخْتَلِفَةٌ)) اهـ. وَمُقْتَضَى هَذَا أَنَّهُ لَا يَدُّ مِنْ اعْتِبَارِ الزَّمَانِ وَالْمَكَانِ وَإِنْ قُلْنَا بِالْاِكْتِفَاءِ بِيَعْضِ هَذِهِ الصِّفَاتِ عَلَى مَا يَأْتِي ^(٥)، فَافْهَمُ.

[١٢١٥٩] (قَوْلُهُ: وَعَقْلًا) هُوَ قُوَّةٌ مُمَيَّزَةٌ بَيْنَ الْأُمُورِ الْحَسَنَةِ وَالْقَبِيحَةِ، أَوْ هَيْئَةٌ مَحْمُودَةٌ لِلْإِنْسَانِ فِي مِثْلِ حَرَكَاتِهِ وَسَكَنَاتِهِ كَمَا فِي كِتَابِ الْأَصُولِ، وَهُوَ بِهَذَا الْمَعْنَى شَامِلٌ لِمَا شَرَطَهُ فِي "النُّتْفِ" ^(٦) مِنَ الْعِلْمِ وَالْأَدَبِ وَالتَّقْوَى وَالْعِفَّةِ وَكَمَالِ الْخُلُقِ، "فَهْستاني" ^(٧).

[١٢١٦٠] (قَوْلُهُ: وَدِينًا) أَي: دِيَانَةٌ وَصَلَاحًا، "فَهْستاني" ^(٨).

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٦/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٥/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٥/ب.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٦/٣.

(٥) المقلوبة [١٢١٦٩] قوله: ((فإن لم يوجد)).

(٦) "النفث": كتاب النكاح - باب المهر - مهر المثل ٢٩٨/١، وعبارته: ((والمائلة بخمس عشرة خصلة...)) ولم نجد هذه الخصال المذكورة بسبب السقط، وذكرها أبو السعود كاملة في "فتح المعين" ٦٢٢/٢ - ٦٣ بواسطة "الغاية".

(٧) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل في المهر ٢٨٩/١ بتصرف.

(٨) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل في المهر ٢٨٩/١.

وعدم ولدٍ، ويُعتبر حال الزوج أيضاً، ذكره "الكمال"، قال: ((ومهر الأمة بقدر الرغبة فيها)).

(ويُشترط فيه) أي: في ثبوت مهر المثل لما ذكر (إخبار رجلين أو رجلٍ وامرأتين

[١٢١٦١] (قوله: وعدم ولدٍ) أي: إن كان من اعتبر لها المهر كذلك، وإن كان لها ولدٍ اعتبر مهر مثلها بمهر من لها ولدٌ، "ط" ^(١).

[١٢١٦٢] (قوله: ذكره "الكمال" ^(٢)) أي: نقلاً عن المشايخ، وفسره: ((بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نساها في المال والحسب وعدمهما)) اهـ ^(٣)، أي: وكذا في بقية [١٠٩/٣] الصفات، فإن الشاب والمتقي مثلاً يُزوج بأرخص من الشيخ والفاستق كما في "البحر" ^(٤) و"النهر" ^(٥).

[١٢١٦٣] (قوله: ومهر الأمة إلخ) قدمنا ^(٦) الكلام عليه أول الباب، قال "ح" ^(٧): ((دخّل في إطلاقه ما إذا كان لها قوم أب، كما إذا تزوج حر أمة رجلٍ ولم يشترط الحرّية، فبنته أمة، وهي وإن كانت من قوم أبيها لكن خالفهم في الحرّية، فلم تحصل المائثلة)).

[١٢١٦٤] (قوله: أي: في ثبوت مهر المثل) أشار إلى أن ضمير ((فيه)) عائذ إلى مهر المثل بتقدير مضافٍ وهو ((ثبوت)).

[١٢١٦٥] (قوله: لما ذكر) علة لثبوت مهر المثل، والمراد بما ذكر المائثلة سناً وما عطف

(قوله: علة لثبوت مهر المثل إلخ) قال "ط": ((هو متعلق بالمثل، ويعني به الأوصاف المتقدمة أي: المثل في الأوصاف المتقدمة، ولا كبير فائدة فيه)) اهـ. وما سلكه أظهر ممّا قاله "الحشي"؛ إذ لا معنى لجعل المائثلة

(١) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦١/٢.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٦/٣.

(٣) في "د" زيادة: ((وينبغي أن لا يختص بهذين الشرطين؛ لأنّ للجمال والبلد والعصر والعقل والتقوى والسن مدخلاً من جهة الزوج أيضاً، فينبغي اعتبارها في حقّه أيضاً، كذا في "البحر")). ق ١/١٦٤.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٦/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٥/ب.

(٦) المقولة [١٨٧٨] قوله: ((وفي الإمام إلخ)).

(٧) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/ب.

ولفظُ الشَّهادة) فإن لم يوجد شهودٌ عدولٌ فالقولُ للزوجِ بيمينه، وما في "المحيط":
((من أن للقاضي فرضَ المهرِ)) حمَلَهُ في "النهر" على ما إذا رَضِيََا بذلك.....

عليه، وأشار به إلى أنه لا بدَّ من الشَّهادةِ على الأمرين: الماثلة بينهما، وأن مهرَ الأولى كان كذا، "ح" ^(١). وفي بعض النسخ: ((بما ذكر))، فالباءُ للسببية، أي: لشبوتِهِ بسببِ ما ذَكَرَ من الماثلة في الأوصاف.

[١٢١٦٦] (قوله: شُهودٌ عدولٌ) أشارَ إلى اشتراطِ العدالةِ مع العدد؛ لأنَّ المقصود إثباتُ المالِ والشرطُ فيه ذلك.

[١٢١٦٧] (قوله: فالقولُ للزوج) لأنَّ مُنكَرَ الزَّيادةِ التي تدعيها المرأة.

[١٢١٦٨] (قوله: وما في "المحيط" إلخ) جوابٌ عمَّا ذَكَرَهُ في "البحر" ^(٢) من المخالفةِ بين ما في "الخلاصة" ^(٣) و"المنتقى" ^(٤) - وهو ما مرَّ ^(٥) من اشتراطِ الشَّهادةِ المذكورة - وبين ما في "المحيط"، حيث قال: ((فإن فرضَ القاضي أو الزوجُ بعد العقدِ جاز؛ لأنَّه يجري ذلك مجرى التقديرِ لما وجبَ بالعقدِ من مهرٍ المثل زاد أو نقص؛ لأنَّ الزَّيادةَ على الواجبِ صحيحةٌ والخطُّ عنه جائزٌ)) اهـ. ووجهُ المخالفةِ أنَّ ظاهرَ ما مرَّ أنَّه لا يصحُّ القضاءُ بمهرِ المثلِ بدونِ الشَّهادةِ أو الإقرارِ من الزوج، وأجاب في "النهر" ^(٦): ((بأنَّ ما في "المحيط" ينبغي أن يُحمَلَ على ما إذا رَضِيََا بذلك، وإلا فالزَّيادةُ على مهرِ المثلِ عند إثباتِهِ والنقصُ عنه عند إثباتها لا يجوزُ)) اهـ.

فيما ذَكَرَ علَّةَ ثبوتِ مهرِ المثلِ، وعلى الإشارةِ التي ذَكَرَهَا "المحشَّى" لم يُوجدَ في كلام "الشارح" ما يُفيدُها بالنسبةِ للأمرين المذكورين معاً.

(١) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٦/٣ - ١٨٧.

(٣) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر ق ٨٢/أ.

(٤) "الدر المنثور": كتاب النكاح - باب المهر - فصل في النكاح الفاسد ٣٥٧/١ (هامش "جمع الأنهر").

(٥) "در" ص ٤٦٣ -.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٧٩/ب.

أقول: قدّمنا^(١) عن "البدائع" - عند قول "المصنف": ((وما فَرَضَ بعد العَقْدِ أو زَيْدٌ لا يُنْصَفُ)) -: ((أَنَّ مهر المثل يجبُ بنفسِ العَقْدِ، بدليلِ أَنَّها لو طَلَبَتْ الفَرَضَ من الزَّوْجِ يَلْزِمُهُ، ولو امتنع يُجْبِرُهُ القاضي عليه، ولو لم يَفْعَلْ نابَ مَنابَهُ في الفرض)) اهـ.

فهذا صريحٌ في أَنَّ المراد فرضُ مهر المثل، وأنَّ فرض القاضي عند عدم التراضي، فلا يصحُّ حملُ ما في "المحيط" على ما ذكره في "النهر".

وأما قول "المحيط": ((زَادَ أو نَقَصَ إلخ)) فينبغي حملُهُ على صورة [١١٠٣/١] فَرَضَ الزَّوْجُ إذا رَضِيَتْ بها، وبيانُ ذلك على وجهٍ تَدْفَعُ به المخالفة: أَنَّك قد علمت أَنَّ مهر المثل إنما يجبُ بالنَّظَرِ إلى مَنْ يُساويها من قومِ أيَّها، وقد علمت أيضاً أَنَّهُ لا يَثْبُتُ إلَّا بشاهدين، فإذا تَزَوَّجَتْ بلا مهرٍ، وطلَّبت من الزَّوْجِ أَنْ يَفْرِضَ لها مهرَ مثلها، فامتنع ورافَعَهُ إلى القاضي، وأتت بشاهدين شَهِداً بأنَّ فلانةً من قومِ أيَّها تُساويها في الصِّفَاتِ المذكورةِ وَأَنَّها تَزَوَّجَتْ بكذا يَحْكُمُ لها القاضي بمثلِ مهرِ فلانةٍ المذكورةِ بلا زيادةٍ ولا نقصٍ، وإنما يَكُنُّ الزَّيَادَةُ والنَّقْصُ

(قوله: فهذا صريحٌ في أَنَّ المراد فرضُ مهر المثلِ وأنَّ فرضَ القاضي إلخ) كلامُ "البدائع" إنما يُفيدُ نيابةَ القاضي مَنابَ الزَّوْجِ في الفرضِ عند امتناعه، وليس فيه نفيُ نيابته عنه عند تراضيهِما بذلك فلم يُوَجِّدْ ما يَرُدُّ كلامَ "النهر" في عبارة "البدائع"، تأمل. ولا مانعَ حينئذٍ من حملِ قول "المحيط": ((زَادَ أو نَقَصَ)) على صورة فرضِ القاضي أيضاً؛ إذ على ما حمَلَهُ عليه في "النهر" يكونُ الزَّوْجُ راضياً بالزَّيَادَةِ والمرأة راضيةً بالخطِّ، فله حينئذٍ أن يزيدَ أو يُنْقِصَ، كما لو فعلا ذلك بأنفسِهِما بتراضيهِما، فالمرأَةُ أَنهَما فَوْضَا تقديرَ المهرِ للقاضي، ورَضِيَتْ بالخطِّ والزَّوْجُ بالزَّيَادَةِ، فله بعد ذلك أَنْ يُقَدِّرَهُ لِرِضَاها به، وليس موضوعُ الكلامِ في الارتفاعِ لديه مع التَّحَاوُلِ بل المراد أَنهَما التَّمَسُّكُ منه ذلك مع التَّفْوِيزِ إليه مِنْهُما كما ذُكِرَ، كما أَنَّ موضوعَ "البدائع" فيما إذا ادَّعَتْ عليه مهرَ المثلِ وَيُنْتِزَعُ قَدْرُهُ ولم يُوَجِّدْ مَنْ يَشْهَدُ لها به لعدم وجودِ امرأةٍ تُماثلُها وامتنعَ الزَّوْجُ من تقديره لها فالقاضي يُقَدِّرُهُ لها نيابةً عنه، كما يأتي له قريباً عَقَبَ هذا.

(١) المقولة [١١٩٥٥] قوله: ((أو يفرض قاضٍ مهرَ المثل)).

عند فرض الزوج بالتراضي كما قلنا، وإذا كان فرض القاضي مبنياً على ما قلنا من الشهادة المذكورة تندفع المخالفة التي ادّعاها في "البحر"^(١)؛ لأنه لا مسوغ لحمل ما في "المحيط" على أن القاضي يفرض لها مهرأ برأيه ويلزم أحدهما بالزيادة أو النقص بلا رضاه، مع إمكان المصير إلى الواجب لها شرعاً عند وجود من يساويها في الصفات من قوم أبيها. وإن كان المراد حمل كلام "المحيط" على حكم القاضي عند عدم وجود من يساويها من قوم أبيها ومن الأجانب فلا يخالف ما في "الخلاصة" و"المتقى" أيضاً؛ لأن كلامهما في مهر المثل، وهو لا يكون إلا عند وجود المماثل، فيتوقف ثبوته على الشهادة أو الإقرار، أما عند عدم المماثل يكون تقدير المهر^(٢) المثل جارياً مجزاه لا عينه، فينظر فيه القاضي نظراً تأملاً واجتهاداً، فيحكم به بدون شهود وإقرار من الزوج، فموضوع الكلامين مختلف كما لا يخفى، وعلى هذا لا يتأتى أيضاً فيه زيادة أو نقصان؛ إذ لا يمكن ذلك إلا عند وجود المماثل، ولكن حمل كلام "المحيط" على ما ذكرنا فيه ما قدّمناه^(٣) عن "البدائع" من أن المراد الحكم بمهر المثل، وكذا ما نذكره قريباً عن "الصيرفية": ((من أنه إذا عديم المماثل لا يُعطى لها شيء))، ولا يمكن حملُه على حالة التراضي؛ لما علمت من كلام "البدائع"، ولأنه عند وجود التراضي يستغنى عن التراجع إلى القاضي، وعند عدم وجود الشاهدين فالقول للزوج بيمينه كما مر^(٤) ويأتي^(٥)، فيحكم لها القاضي^(٦) بما يحلف عليه، فاغتنم هذا التحرير، والله الموفق.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٦/٣-١٨٧.

(٢) في "م": ((تقديراً للمهر)).

(٣) المقولة [١٢٦٨] قوله: ((وما في "المحيط" إلخ)).

(٤) "در" ص ٤٦٤-.

(٥) في المقولة الآتية.

(٦) من ((وعند عدم)) إلى ((القاضي)) ساقط من "الأصل".

(فإن لم يوجد من قبيلة أبيها فمن الأجنبي) أي: فمن قبيلة تماثل قبيلة أبيها (فإن لم يوجد فالقول له) أي: للزوج في ذلك بيمينه كما مر.....

[١٢١٦٩] (قوله: فإن لم يوجد) أي: من يُماثلها في الأوصاف المذكورة كلها أو بعضها، [٣/١١٠ق/ب] "بحر"^(١). ومقتضاه الاكتفاء ببعض هذه الأوصاف، وبه صرح في "الاختيار"^(٢) بقوله: ((فإن لم يوجد ذلك كله فالذي يوجد منه؛ لأنه يتعذر اجتماع هذه الأوصاف في امرأتين، فيعتبر بالوجود منها؛ لأنها مثلها)) اهـ، ومثله في "شرح المجمع" لـ "ابن ملك" و"غرر الأذكار"^(٣)، وهو موجود في بعض نسخ "الملتقى"^(٤).

قلت: لكن يُشكل عليه اتفاق المتون على ذكر معظم هذه الأوصاف وتصريح "الهداية"^(٥): ((بأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف، وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر)) اهـ؛ إذ لا شك أن الرغبة في البكر الشابة الجميلة الغنية أكثر من السيب العجوز الشوهاء الفقيرة وإن تساوت في العقل والدين والعلم والأدب وغيرها من الأوصاف، فكيف يُقدر مهر إحدهما بمهر الأخرى مع هذا التفاوت؟! وقولهم: لأنه يتعذر اجتماع هذه الأوصاف في امرأتين مُسلم لو التزمنا اعتبارها في قوم الأب فقط، أمّا عند اعتبارها من الأجانب أيضاً فلا، على أنه لو فرض عدم الوجود يكون القول للزوج كما ذكره^(٦) "المصنف" بعد، وإن امتنع يُرفع الأمر للقاضي

(قوله: لكن يُشكل عليه اتفاق المتون على ذكر معظم هذه إلخ) قد يقال: مرادهم بالبيض الفاضل من الأوصاف: ما لم يترتب على فوائده تفاوت فاحش بين المرأتين، بخلاف ما إذا ترتب عليه التفاوت الفاحش فإنه حينئذ لا يُعتد بما بقي منها، والنظر حينئذ إلى قبيلة تماثل قبيلة أبيها.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٧/٣.

(٢) "الاختيار": كتاب النكاح - فصل: وإن تزوجها على مهر أو خنزير ١٠٨/٣.

(٣) "غرر الأذكار": كتاب النكاح - باب المهر ق ٢٠١/أ.

(٤) "ملتقى البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥١/١.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢١١/١.

(٦) "در" ص ٤٦٤-.

(وصحَّ ضمانُ الوليِّ مهرَها ولو) المرأةُ (صغيرةً).....

لِيُقَدَّرَ لها مهرٌ على ما مرَّ^(١)، لكنَّ في "البحر"^(٢) عن "الصِّيرَفِيَّةِ": ((ماتَ في غُرْبَةٍ وخَلَّفَ زوجَينِ غريبتَينِ تَدْعِيانِ المهرَ ولا بَيِّنَةٌ لهما، وليس لهما أحوالٌ في الغُرْبَةِ قال: يُحَكِّمُ بِمَجالِهما بِكُمْ يُنكِحُ مَثلُهما؟ قيلَ له: يَخْتَلِفُ بالبلدان، قال: إِنْ وَجَدَ في بلدِهما يُسألُ، وإِلَّا فلا يُعطى لهما شيءٌ)) اهـ، أي: لَعَدِمَ إِمكانَ الحَلِيفِ بعد الموت، لكنَّ فيه أَنَّ ورثةَ الزَّوجِ تَقُومُ مَقامَهُ، فتأمَّل.

(تنبيه)

جَرَى العُرْفُ في كثيرٍ من قرى دِمَشقَ بتقديرِ المهرِ بمقدارِ مُعَيَّنٍ لجميعِ نساءِ أهلِ القريةِ بلا تَفاوُتٍ، فينبغي أن يكونَ ذلكَ عند السُّكُوتِ عنه بمنزلةِ المذكورِ المسمَّى وقتَ العَقْدِ؛ لأنَّ المعروفَ كالمشروط، وحيثُ فلا يُسألُ عن مهرِ المَثل، والله تعالى أعلم.

مطلبٌ في ضمانِ الوليِّ المهرِ

[١٢١٧٠] (قوله): وصحَّ ضمانُ الوليِّ مهرَها) أي: سواءَ كان وليُّ الزَّوجِ أو الزَّوجِةَ، صغيرين كانا أو كبيرين، أمَّا ضمانُ وليِّ الكبيرِ منهما فظاهراً؛ لأنَّه كالأجنبيِّ. ثمَّ إِنْ كان بأمرِهِ رجَعَ، وإِلَّا لا، وأمَّا وليُّ الصَّغيرينِ فلأنَّه سفيرٌ ومُعبرٌ^(٣)، فإذا مات^(٤) كان لها أنْ [٣/١١١ق] ترجعَ في تَرَكيتهِ، ولباقِي الورثةِ الرُّجوعُ في نصيبِ الصَّغيرِ خلافاً لـ "زفر"؛ لأنَّ الكفالةَ صَدَرَتْ

(قوله): لكنَّ فيه أَنَّ ورثةَ الزَّوجِ تَقُومُ مَقامَهُ) لكنَّ الظَّاهرَ من كونه غريباً أَنَّهُ لم يُوَجَدْ معه أَحَدٌ من ورثَتِهِ حتَّى يَتَأَمَّنَ تخليفَهُ، وإنَّما ادَّعَتْ الزَّوجَتانِ المهرَ على المَيِّتِ في وجهِ مَنْ نَصَبَهُ القاضي للخصومةِ؛ حيثُ يجوزُ له ذلك، تأمَّل.

(قوله): خلافاً لـ "زفر" حيثُ قال: لا يَرُجَعُونَ؛ لَعَدِمَ أمرُ المَكْفُولِ عنه اهـ "نهر".

(١) المَقولة [١١٩٥٥] قوله: ((أو بفرض قاض مهر المثل)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٧/٣.

(٣) في "د" زيادة: ((كما ذكر الشارح)) ق ١٦٤/ب.

(٤) في "د" زيادة: ((الضامن)). ق ١٦٤/ب.

ولو عاقداً؛ لأنه سفيرٌ، لكن بشرطِ صحته - فلو في مرضٍ موته وهو وارثه.....

بأمرٍ معتبرٍ من المكفول عنه لثبوت ولاية الأب عليه، فإذا الأب إذن منه معتبرٌ، وإقدامه على الكفالة دلالة ذلك من جهته، "نهر"^(١) عن "الفتح"^(٢).

[١٢١٧١] (قوله: ولو عاقداً) أي: ولو كان هو الذي باشر عقد النكاح بالولاية عليها أو عليه أو عليهما، فافهم.

[١٢١٧٢] (قوله: لأنه سفيرٌ) تعليل لقوله: ((صح)) بالنسبة لما إذا كانا صغيرين أو أحدهما، ويصلح جواباً عما يقال: لو كان الضامن ولياً الصغيرة يلزم أن يكون مطالباً ومطالباً؛ لأن حق المطالبة له، ولذا لو باع لها شيئاً ثم ضمن الثمن عن المشتري لم يصح، والجواب: أنه في النكاح سفيرٌ ومُعبرٌ عنها، فلا ترجع الحقوق إليه، وفي البيع أصيلٌ، وولاية قبض المهر له بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقداً، ولذا لا يملك قبضه بعد بلوغها إذا نهته بخلاف البيع، وتأممه في "الفتح"^(٣).

[١٢١٧٣] (قوله: لكن) استدراك على قوله: ((صح))

[١٢١٧٤] (قوله: بشرط صحته) أي: الولي.

[١٢١٧٥] (قوله: وهو) أي: المكفول عنه أو المكفول له، "ط"^(٤).

[١٢١٧٦] (قوله: وارثه) أي: وارث الولي، كأن يكون الولي أب الزوج أو أبا الزوجة.

(قوله: "نهر" عن "الفتح") تمام عبارته: ((بخلاف ما إذا أدى عنه في حياته؛ لأن تبرع الآباء بالمهور معتاد وقد انقضت الحياة قبل ثبوت هذا التبرع فیرجعون)) اهـ.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٥/ب - ١٨٦/أ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٧/٣.

(٣) انظر "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٧/٣.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٢/٢ بتصرف.

لم يصح، وإلاَّ صحَّ من الثلث -.....

[١٢١٧٧] (قوله: لم يصح) لأنه تبرَّع لوارثه في مرض موته، "فتح" (١). زاد في "البحر" (٢) عن "الذخيرة": ((وكذا كلُّ دينٍ ضمَّنه عن وارثه أو لوارثه)) اهـ، أي: لأنه بمنزلة الوصية لوارثه.

لا يقال: إنه لا تبرُّع من الكفيل بشيء، فإنه لو مات قبل الأداء ترجع المرأة في تركه، ويرجع باقي الورثة في نصيب الابن لو كفله الأب بأمره أو كان صغيراً كما قدَّمناه (٣)؛ لأننا نقول: رجوع باقي الورثة على المكفول عنه لا يخرج الكفالة عن كونها تبرُّعاً ابتداءً؛ لأنه قد يهلك نصيبه وهو مفلس، أو قد لا يمكنهم الرجوع، ويدلُّ على ذلك أيضاً أنَّ كفالة المريض لأجنبي تعتبر من الثلث، ولو لم تكن تبرُّعاً لصحَّتْ من كلِّ المالِ كباقي تبرُّعاته، بل أبلغ من هذا أنه لو باع وارثه شيئاً من ملكه بمثل القيمة أو أقلَّ أو أكثرَ فالبيع باطل، حتَّى لا تثبُت به الشفعة خلافاً لهما كما في "المجمع"، فافهم.

[١٢١٧٨] (قوله: وإلاَّ أي: وإن لم يكن المكفول له أو عنه وارث الولي الكافل (٤)، بأن كان ابن ابنته الحي أو بنت عمه، "ط" (٥).

[١٢١٧٩] (قوله: صحَّ أي: الضمان من الثلث كما صرَّحوا به في ضمان الأجنبي، "بحر" (٦)، أي: إن كان مال الكفالة قدَّر ثلث تركه [١١١/٣ ب] صحَّ، وإن كان أكثرَ منه صحَّ بقدر الثلث؛ لأنَّ الكفالة تبرُّع ابتداءً كما قلنا.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢/٤٤٧.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٨٧.

(٣) المقولة [١٢١٧٠] قوله: ((وصحَّ ضمان الولي مهراً)).

(٤) في "الأصل": ((الكامل)).

(٥) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٢/٦٢ بتصرف.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٨٧ بتصرف.

وقبول المرأة أو^(١) غيرها في مجلس الضمان (وتطالبُ أيّاً شاءت) من زوجها البالغ أو الولي الضامن (فإن أدّى رجّع على الزوج إن أمر) كما هو حكم الكفالة.....

[١٢١٨٠] (قوله: وقبول المرأة) عطف على ((صحته))، وهذا إذا كانت المرأة بالغة،
ح^(٢).

[١٢١٨١] (قوله: أو غيرها) وهو وليها أو فضولي غيرها كما سيأتي^(٣) في كتاب الكفالة،
ولذا قال في "البحر"^(٤): ((ولا بدّ من قبولها أو قبول قابل في المجلس))، فافهم. قال ح^(٥):
((وهذا فيما إذا كانت صغيرة والكفيل ولي الزوج، أمّا إذا كان وليها فيجب أن يقوم مقام القبول
كما في "النهر"^(٦))).

[١٢١٨٢] (قوله: في مجلس الضمان) لأن شرط العقد لا يتوقف على قبول غائب على
المذهب، "ط"^(٧).

[١٢١٨٣] (قوله: أو الولي الضامن) سواء كان وليه أو وليها، ح^(٨). وقيد بالضامن لأن
الكلام فيه، ولأنه لا يطالب بلا ضمان على ما ذكره^(٩) قريباً.

[١٢١٨٤] (قوله: إن أمر أي: إن أمر الزوج بالكفالة، وأفاد أنه لو ضمن عن ابنه الصغير
وأدّى لا يرجع عليه للعرف بتحمّل مهور الصغار، إلا أن يشهد في أصل الضمان أنه دفع

(١) ((أو)) ساقطة من "ط".

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٤ ب / ١٦٥ أ.

(٣) انظر "الدر" عند المقولة [٢٥٥٦٢] قوله: ((ولو فضولياً)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣ / ١٨٩.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥ أ.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٥ ب / ١٨٦ أ.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٢ / ٦٢.

(٨) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٥ أ.

(٩) "در" ص ٤٧٢-٤٧٣.

(ولا يُطالب الأب بمهر ابنه الصغير الفقير) أمّا الغني فيطالب أبوه بالدفع من مال ابنه لا من مال نفسه (إذا زوجه امرأة إلا إذا ضمنه) على المعتمد.....

ليرجع، "فتح" (١)، ويأتي تمامه (٢).

[١٢١٨٥] (قوله: مهر ابنه) أي: مهر زوجة ابنه، أو المهر الواجب على ابنه.

[١٢١٨٦] (قوله: إذا زوجه امرأة) مرتبط بقوله: ((ولا يُطالب الأب إلح))؛ لأنّ المهر مالٌ يلزم ذمة الزوج، ولا يلزم الأب بالعقد؛ إذ لو لم يملكه لما أفاد الضمان شيئاً، "بحر" (٣).

[١٢١٨٧] (قوله: على المعتمد) مقابله ما في "شرح الطحاوي" و"التتمة": ((أنّ لها مطالبة أب الصغير ضمن أو لم يضمن))، قال في "الفتح" (٤): ((والمذكور في المنظومة" (٥): أن هذا قول "مالك"، ونحن نخالفه))، ثم قال في "الفتح": ((وهذا هو المعول عليه)).

قلت: ومثل ما في "المنظومة" في "المجمع" و"درر البحار" وشروجهما (٦)، وفي "مواهب الرحمن" (٧): ((لو زوّج طفلة الفقير لا يلزمه المهر عندنا))، وأجاب في "البحر" (٨) عمّا ذكره "شارح الطحاوي" بـ ((حمله على ما إذا كان للصغير مال، بدليل أنّه في "المعراج" ذكر ما في "شرح الطحاوي"، ثم ذكر: أنّ المهر لا يلزم أبا الفقير بلا ضمان، فتعيّن كون الأولى في الغني)).

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٧/٣.

(٢) المقولة [١٢١٨٩] قوله: ((ولا رجوع للأب إلح)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٨/٣ بتصرف.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٧/٣.

(٥) "حقائق المنظومة": باب فتاوى مالك - كتاب النكاح ٥/٣٣٢ ب.

(٦) "غرر الأذكار": كتاب النكاح - ذكر المهر ١٩٩/ب.

(٧) ((الرحمن)) ساقطة من "الأصل".

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٨/٣.

(كما في النفقة) فإنه لا يُؤخذُ بها إلا إذا ضَمِنَ،.....

قلت: وأصرَحَ من هذا ما في "العناية"^(١)، حيث قال ناقلاً عن "شرح الطحاوي": ((إنَّ الأبَ إذا زَوَّجَ الصَّغِيرَ امرأةً فللمرأة أن تُطالبَ بالمهر^(٢)) من أبي الزوج، فيؤدِّي الأبُ من مالِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ وإن لم يَضْمَنْ إلخ)) وعلى هذا فقولُ "الشَّارح": ((على المَعمَد)) لا محلَّ له.

[١٢١٨٨] (قوله: كما في النفقة) أي: أنه لا يُؤخذُ أبو الصَّغِيرِ بالنفقة إلا إذا ضَمِنَ، كذا ذكره "المصنّف" في "المسح"^(٣) [١١٢/٣] عن "الخلاصة"^(٤)، وفي "الحانية"^(٥): ((وإن كانت كبيرةً وليس للصَّغِيرِ مالٌ لا تجبُ على الأب نفقتها، ويستدينُ الأبُ عليه ثمَّ يرجعُ على الابنِ إذا أيسرَ)) اهـ.

وفي "كافي الحاكم": ((فإن كان صغيراً لا مالَ له لم يُؤخذَ أبوه بنفقة زوجته إلا أن يكونَ ضَمِنَها)) اهـ، ومثله في "الزَّيلعي"^(٦) وغيره.

قلت: وهو مخالفٌ لما سيذكره^(٧) "الشَّارح" في بابِ النفقة في الفروع حيث قال: ((وفي المختار"^(٨)) و"الملتقى"^(٩): ونفقةُ زوجة الابنِ على أبيه إن كان صغيراً فقيراً أو زَمِناً)) اهـ. اللهم إلا أن يُحمَل ما سيأتي^(١٠) على أنه يُؤمَرُ بالإنفاقِ ليرجعَ بما أنفقَهُ على الابنِ إذا أيسرَ،

(١) "العناية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٧/٣ (هامش "الفتح").

(٢) في "م": ((تطلب المهر)) وفي بقية النسخ: ((تطالب المهر)) وما أثبتناه من "العناية".

(٣) "المسح": كتاب النكاح - باب المهر ١/١٢٦ ب.

(٤) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثامن: في نكاح الصغير والصغيرة ق ٧٩/١.

(٥) "الحانية": كتاب النكاح - باب النفقة ٤٢٥/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "تبين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٤/٢.

(٧) انظر "الدر" عند المقولة [١٦٢٤٣] قوله: ((وفي "المختار" و"الملتقى" إلخ)).

(٨) انظر "الاختيار": كتاب الطلاق - باب النفقة - فصل: ونفقة الأولاد الصغار على الأب إلخ ١٢/٤.

(٩) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح - باب النفقة ٣٠٥/١.

(١٠) المقولة [١٦٢٤٦] قوله: ((ويجوز الأب إلخ)).

ولا رجوع للأب إلا إذا أشهد على الرجوع عند الأداء.....

كما قالوا في الابن الموسر: إذا كانت أمه وزوجها معسرين يؤمر بالإنفاق على أمه، ويرجع بها على زوجها إذا أيسر، ويؤيده عبارة "الحائية" المذكورة، فليتمل.

(١٢١٨٩) (قوله: ولا رجوع للأب إلخ) أي: لو أدّى الأب المهر من مال نفسه لا رجوع له على ابنته الصغرى، قيل: لأن الكفيل لا رجوع له إلا بالأمر ولم يوجد، لكن قدّمنا^(١) أن إقدامه على كفالته بمنزلة الأمر بثبوت ولايته عليه، ولهذا لو ضمنه أجنبي بإذن الأب يرجع، فكذا الأب، نعم ذكر في "غاية البيان" رجوع الأب لما ذكر، وفي الاستحسان لا رجوع له لتحمله عنه عادة بلا طمع في الرجوع، والثابت بالعرف كالثابت بالنص، إلا إذا شرط الرجوع في أصل الضمان فيرجع؛ لأن الصريح يفوق الدلالة، أعني: العرف، بخلاف الوصي، فإنه يرجع لعدم العادة في تبرّعه، فصار كبقية الأولياء غير الأب اهـ.

فعدم الرجوع بلا إشهاد مخصوص بالأب، ومقتضى هذا رجوع الأم أيضاً حيث لا عرف إذا كانت وصية وكفلته، أما بدون ذلك فقد صارت حادثة الفتوى في صبي زوجته ولية، ودفعت أمه عنه المهر وهي غير وصية عليه، ثم بلغ فأرادت الرجوع عليه، وينبغي في هذه الحادثة عدم الرجوع؛ لإيفائها دين الصبي بلا إذن ولا ولاية، ولا سيما على القول الآتي من اشتراط

(قول "الشراح": ولا رجوع للأب إلا إذا أشهد على الرجوع عند الأداء إلخ) في "الأنقروية" من آخر كتاب الوصايا ما نصه: ((وعن "أبي حنيفة" رحمه الله تعالى فيما إذا اشترى داراً أو ضعة أو مملوكاً لابنته الصغرى إن كان لابنته مالاً فالرجوع بالثمن على التفصيل إن أشهد وقت الشراء يرجع، وإن لم يشهد لا يرجع، وإن لم يكن للابن مالاً لا يرجع أشهد على الرجوع أو لم يشهد، ثم في بعض المواضع يشترط الإشهاد وقت الشراء، وفي بعضها: يشترط الإشهاد وقت نقل الثمن ويقول - إن أشهد وقت نقل الثمن -: إنما أنقل الثمن لأرجع عليه، "تارحائية") اهـ.

الإشهاد في غير الأب أيضاً، تأمل. وفي "البرازية"^(١): ((إذا أشهد - أي: الأب - عند الأداء أنه أدى ليرجع رجَعَ وإن لم يُشهد عند الضمان)) اهـ.

والحاصل: أنَّ الإشهاد عند الضمان أو الأداء شرط الرجوع كما في [٣/١١٢ق/ب] "البحر"^(٢)، وقيدَه في "الفتح"^(٣) بما إذا كان الصغير فقيراً، واعترضه في "النهر"^(٤) بما مرَّ^(٥) عن "غاية البيان"، أي: ((من حيث إنه مطلق مع عموم التعليل بالعرف))، وقد يقال: إنَّ ما في "الفتح" مبنيٌّ على عدم إيراد العرف إذا كان الصغير غنياً، فله الرجوع وإن لم يُشهد ولا سيما لو كان الأب فقيراً، فتأمل.

وبقي ما لو دفع بلا ضمان، ومقتضى التعليل بالعادة أنه لا فرق، فيرجع إنَّ أشهد، وإلا لا، وسذكر^(٦) "الشارح" في آخر باب الوصي: ((ولو اشترى لطفله ثوباً أو طعاماً، وأشهد أنه يرجع به عليه يرجع به لو له مال، وإلا لا لوجوبها^(٧) عليه حينئذ، وبمثله لو اشترى له داراً أو عبداً، يرجع سواء كان له مال أو لا، وإن لم يُشهد لا يرجع، كذا عن "أبي يوسف"، وهو حسن يجب حفظه)) اهـ.

(قوله: وبمثله لو اشترى إلخ) الأولى حذف الباء كما يذكُرُه.

(١) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل التاسع عشر: في النفقات ١٦٣/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٨/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٧/٣.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق١٨٦/أ.

(٥) في المَقُولَة نفسها.

(٦) انظر "الدر" عند المَقُولَة [٣٦٨٢٩] قوله: ((ولو اشترى لطفله إلخ)).

(٧) في "الأصل" و"٣": ((لوجبهما)).

قلت: وحاصله الفرق بين الطعام والكسوة وبين غيرهما، ففي غيرهما لا يرجع إلا إذا أشهد سواء كان الصغير فقيراً أو لا، وكذا فيهما إن كان الصغير غنياً، أما لو فقيراً فلا رجوع له وإن أشهد لوجوبهما عليه، بخلاف نحو الدار والعبد، ومقتضى هذا أن المهر بلا ضمان كالدار والعبد لعدم وجوبه عليه، فله الرجوع عليه إن أشهد ولو فقيراً، وإلا فلا، وهذا يؤيد ما في "النهر"، فتدبر.

هذا، وسنذكر^(١) هناك اختلاف القولين في أن الوصي لو أنفق من ماله على قصد الرجوع هل يشترط الإشهاد أم لا؟ والاستحسان الأول، وعليه فلا فرق بينه وبين الأب، فما مر^(٢) عن "غاية البيان" من قوله: ((بخلاف الوصي)) مبني على القول الآخر، والله تعالى أعلم.

وشمل الرجوع بعد الإشهاد ما لو أدى بعد بلوغ الابن كما في "الفيض"، وفيه: ((أن هذا -أي: اشتراط الإشهاد- إذا لم يكن للصبي دين على أبيه، فلو على الأب دين له فأدى مهر امرأته ولم يشهد، ثم ادعى أنه أداه من دينه الذي عليه صدق، ولو كان الابن كبيراً فهو متبرع؛ لأنه لا يملك الأداء بلا أمره)) اهـ.

(تنبيه)

اشتراط الإشهاد لرجوع الأب لا يُنافيه ما قدمناه^(٣) من أنه لو مات وأخذت الزوجة مهرها من تركته فلباقى الورثة الرجوع في نصيب الصغير؛ لما علمت من أنه صار كفيلاً بالأمر دالة، والكفيل بأمر المكفول عنه يرجع [١١٣/٣] ما أدى، وإنما لم يرجع لو أدى بنفسه بلا إشهاد للعادة بأنه يؤدي تبرعاً، أما إذا لم يدفع بنفسه وأخذت الزوجة من تركته لم يوجد التبرع منه، فلذا يرجع باقي الورثة في نصيب الصغير من التركة.

(١) انظر "الدر" عند المقالة [٣٦٧٦٦] قوله: ((لا في حق الرجوع)).

(٢) في المقالة نفسها.

(٣) للمقالة [١٢١٧٠] قوله: ((وصح ضمان الولي مهرها)).

(و^(١)) لها منعه من الوطء ودواعيه، "شرح مجمع".....

(فرغ)

في "الفيض": ((ولو أعطى ضيعة بمهر امرأة ابنه، ولم تقبضها حتى مات الأب، فباعها المرأة لم يصح إلا إذا ضمن الأب المهر ثم أعطى الضيعة به، فحينئذ لا حاجة إلى القبض)).

مطلب في منع الزوجة نفسها لقبض المهر

[١٢١٩٠] (قوله: ولها منعه إلخ) وكذا لولي الصغيرة المنع المذكور حتى يقبض مهرها، وتسليمها نفسها غير صحيح، فله استردادها، وليس لغير الأب والجد تسليمها قبل قبض المهر من له ولاية قبضه، فإن سلمها فهو فاسد^(٢). وأشار إلى أنه لا يحل له وطؤها على كره منها إن كان امتناعها لطالب المهر عنده، وعندهما يحل كما في "المحيط"، "بحر"^(٣). وينبغي تقييد الخلاف بما إذا كان وطئها أولاً برضاها، أما إذا لم يطأها ولم يحل بها كذلك فلا يحل اتفاقاً، "نهر"^(٤). [١٢١٩١] (قوله: ودواعيه إلخ) لم يصرح به في "شرح المجمع"، وإنما قال: ((لها أن تمنعه من الاستمتاع بها))، فقال في "النهر"^(٥): ((إنه يعم الدواعي))، "ط"^(٦).

(قوله: فرغ في "الفيض": ولو أعطى ضيعة بمهر إلخ) ذكر هذا الفرع في "البرازية"، ونقله في "البحر" عنها، وعبارتها: ((إذا أعطى الأب أرضاً لمهر امرأة ابنه ولم تقبض المرأة حتى مات الأب لا تملك القبض، وإن كان ضمن المهر - والمسألة بالخلاف - ملكت القبض بعد الموت؛ لأن الهبة لا تتم بلا قبض، وفيما إذا ضمن بيع فلا يطل بالموت)) اهـ.

(قوله: من له ولاية قبضه إلخ) فاعل المصدر قبلة، ومن له قبض مهر الصغيرة هو الأب والجد والوصي، وإذا سلمها الأب له أن يمنعه، كما قدمه في باب الولي.

(١) الواو ليست في "و".

(٢) في "د" زيادة: ((وترد إلى بيتها كما في "الحنيس" وغيره)). ق ١٦٤/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٠/٣ بتصرف.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٦/أ.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٦/أ.

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٢/٢.

(والسَّقَرِ بها ولو بَعْدَ وطءٍ وخلوةٍ رَضِيَتْهُمَا) لأنَّ كلَّ وطأةٍ معقودَةٌ عليهما، فتسليمُ البعض لا يُوجبُ تسليمَ الباقي (لأخذٍ ما يُبينُ تعجيلَهُ) من المهرِ كُلِّهِ أو بعضِهِ^(١)....

[١٢١٩٢] (قوله: والسَّقَرِ) الأولى التعبيرُ بالإخراجِ كما عبَّرَ في "الكنز"^(٢)؛ ليعمَّ الإخراجُ من بيتها كما قاله شارحوه^(٣)، "ط"^(٤).

[١٢١٩٣] (قوله: وخلوةٍ) يُعلمُ حكمُها من الوطءِ بالأولى، وإنما تَظْهَرُ فائدةُ ذكرِها على قولهما الآتي^(٥).

[١٢١٩٤] (قوله: رَضِيَتْهُمَا) وكذا لو كانت مُكرَهَةً أو صغيرةً أو مجنونةً بالأولى، وهو بالاتِّفاق، أمَّا مع الرِّضَا فعندهما ليس لها المنعُ، وتكونُ به ناشِئَةً لا نفقةَ لها، أي: إلَّا أنْ تمنَّعه من الوطءِ وهي في بيتِهِ، "بحر"^(٦) بحثاً أخذاً مما صرَّحوا به في النفقات: أنْ ذلك ليس بِنَشْوَزٍ بعد أخذِ المهرِ.

[١٢١٩٥] (قوله: لأخذٍ ما يُبينُ تعجيلَهُ) علَّةٌ لقوله: ((ولها منْعُهُ)) أو غايةٌ له، واللامُ بمعنى إلى، فلو أعطاهَا المهرَ إلَّا درهماً واحداً فلها المنعُ، وليس له استرجاعُ ما قبضَتْ، "هندية"^(٧)

(قوله: على قولهما الآتي) فإنَّهما يقولان: إذا دَخَلَ بها طائِعَةً كبيرةً - ولو كان الدُّخُولُ حُكْماً - ليس لها المنعُ كما في "شرح المُلتقى".

(قوله: إلَّا أنْ تمنَّعه من الوطءِ وهي في بيتِهِ إلخ) أي: وهو يَقْدِرُ على وطئِها كَرْهاً، كما سيذكرُهُ عن "السَّراج" في النفقات.

(١) عبارة "د": ((كلًّا أو بعضاً)).

(٢) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٨/١.

(٣) انظر "البحر": ١٩٠/٣، و"النهر": ق ١٨٦/أ.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٢/٢.

(٥) في المقولة الآتية.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩١/٣-١٩٢ بتصرف.

(٧) الفتاوى الهندية: كتاب النكاح - الفصل الحادي عشر: في منع المرأة نفسها بمهرها والتأجيل في المهر وما يتعلق

(أو) أَخَذَ قَدْرَ مَا يُعَجَّلُ^(١) لِمَثْلِهَا عُرْفًا) به يُفْتَى؛ لِأَنَّ الْمَعْرُوفَ كَالْمَشْرُوطِ.....

عن "السراج". وفي "البحر"^(٢) عن "الحيط": ((لو أَحَالَتْ بِهِ رَجُلًا عَلَى زَوْجِهَا لَهَا الْامْتِنَاعُ إِلَى أَنْ يَقْبِضَ الْاِحْتَالُ لَا لَوْ أَحَالَهَا بِهِ الزَّوْجُ)) اهـ.

وأشار إلى أَنَّ تَسْلِيمَ الْمَهْرِ مُعَدَّمٌ سَوَاءٌ كَانَ عَيْنًا أَوْ دَيْنًا بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَالثَّمَنِ عَيْنٌ، فَإِنَّهُمَا يُسَلِّمَانِ مَعًا؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ وَالتَّسْلِيمَ مَعًا مُتَعَدِّرٌ هُنَا بِخِلَافِ الْبَيْعِ كَمَا فِي "النَّهْرِ"^(٣) عَنْ "الْبِدَائِعِ"^(٤)، وَتَمَامُهُ فِيهِ، لَكِنْ فِي "الْفَيْضِ": ((لَوْ خَافَ [١١٣ق/٣ب] الزَّوْجُ أَنْ يَأْخُذَ الْأَبُ الْمَهَرَ وَلَا يُسَلِّمَ الْبِنْتَ يُؤْمَرُ الْأَبُ بِجَعْلِهَا مُهَيَّئَةً لِلتَّسْلِيمِ ثُمَّ يَقْبِضُ الْمَهَرَ)).

[١٢١٩٦] (قَوْلُهُ: أَوْ أَخَذَ قَدْرَ مَا يُعَجَّلُ لِمَثْلِهَا عُرْفًا) أَي: إِنْ لَمْ يُبَيَّنْ تَعَجُّلُهُ أَوْ تَعَجُّلُ بَعْضِهِ فَلَهَا الْمَنْعُ لِأَخْذِ مَا يُعَجَّلُ لَهَا مِنْهُ عُرْفًا، وَفِي "الصَّرِيفَةِ": ((الْفَتْوَى عَلَى إِبْتِغَاءِ عُرْفٍ بِلَيْدِهِمَا مِنْ غَيْرِ إِبْتِغَاءِ الثَّلَاثِ أَوْ النِّصْفِ))، وَفِي "الْخَانِيَّةِ"^(٥): ((يُعْتَبَرُ التَّعَارُفُ؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ عُرْفًا كَالثَّابِتِ شَرْطًا)).

قُلْتُ: وَالتَّعَارُفُ فِي زَمَانِنَا فِي مَصْرٍ وَالشَّامِ تَعَجُّلُ الثَّلَاثِينَ وَتَأْجِيلُ الثَّلَاثِ، وَلَا تَنْسَ مَا قَدَّمَاهُ^(٦) عَنْ "الْمُلْتَقَطِ": ((مَنْ أَنْ لَهَا الْمَنْعُ أَيْضًا لِلْمَشْرُوطِ عَادَةً كَالْخُفِّ وَالْمُكْعَبِ وَدِيَاكِجِ الْفُلَافَةِ وَدِرَاهِمِ السُّكَّرِ كَمَا هُوَ عَادَةٌ سَمَرَقَنْدَ، فَإِنَّهُ يَلْزَمُ دَفْعُهُ عَلَى مَنْ صَدَّقَ الْعُرْفَ مِنْ غَيْرِ تَرَدُّدٍ فِي إعْطَائِهِ مِثْلَهَا مِنْ مِثْلِهِ مَا لَمْ يَشْطَرِطْ عَدَمَ دَفْعِهِ، وَالْعُرْفُ الضَّعِيفُ لَا يُلْتَقَى الْمُسْكُوتَ عَنْهُ بِالْمَشْرُوطِ)).

(١) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((قَوْلُهُ: أَوْ قَدْرَ مَا يُعَجَّلُ، أَعْلَمُ أَنَّهُ إِذَا أَنْ يَصْرَحَ بِحُلُولِ أَوْ تَأْجِيلِ، أَوْ يَسْكُتَا، فَإِنْ صَرَّحَا بِتَأْجِيلٍ؛ فَإِذَا أَنْ يَكُونُ لِلْكُلِّ أَوْ لِلْبَعْضِ، وَالْأَجْلُ فِيهِمَا إِذَا أَنْ يَكُونُ مَعْلُومًا أَوْ مَجْهُولًا، مُتَفَاحِشًا أَوْ مُتَقَارِبًا، وَفِي كُلِّ مَنْ هَذِهِ السَّنَةِ: إِذَا أَنْ يَشْطَرِطَ الدَّخُولَ قَبْلَ حُلُولِ الْأَجْلِ أَوْ لَا، وَكُلُّ مِنَ الْإِثْنِي عَشَرَ، إِذَا أَنْ يَكُونَ فِي الْعَقْدِ أَوْ بَعْدَهُ، فَالْصُّورُ سِتَّةَ وَعِشْرُونَ، هَكَذَا يَفْهَمُ مِنْ "الْبَحْرِ"). ق ١٦٥/أ.

(٢) "البحر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٩٠/٣.

(٣) "النهر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٨٦/أ.

(٤) "البدائع": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ مَا يَجِبُ بِهِ الْمَهْرُ ٢٨٨/٢ - ٢٨٩.

(٥) "الخانية": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلٌ: فِي حِسِّ الْمَرْأَةِ نَفْسَهَا بِالْمَهْرِ ٣٨٥/١ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْفَنْدِيَّة").

(٦) الْمَقُولَةُ [١٢١٠٣] قَوْلُهُ: ((بِخِلَافِ مَجْهُولِ الْجِنْسِ)).

((إِنْ لَمْ يُؤَجَّلْ) أَوْ يُعَجَّلْ (كُلُّهُ) فَكَمَا شَرَطَا؛ لِأَنَّ الصَّرِيحَ يَقُوقُ الدَّلَالَهَ، إِلَّا إِذَا جَهِلَ الْأَجَلُ جِهَالَةً فَاحْشَةً فَيَجِبُ حَالًا، "غَايَةً".....

[١٢١٩٧] (قَوْلُهُ: إِنْ لَمْ يُؤَجَّلْ) شَرْطٌ فِي قَوْلِهِ: ((أَوْ أَخَذَ قَدْرًا مَا يُعَجَّلُ لِمِثْلِهَا))، يَعْنِي: أَنَّ مَحَلَّ ذَلِكَ إِذَا لَمْ يَشْتَرِطَا تَأْجِيلَ الْكُلِّ أَوْ تَعْجِيلَهُ، "ط"^(١). وَكَذَا الْبَعْضُ كَمَا قَدَّمَهُ^(٢) فِي قَوْلِهِ: ((كُلًّا أَوْ بَعْضًا))، وَفِي "الْفَتْح"^(٣): ((حُكْمُ التَّأْجِيلِ بَعْدَ الْعَقْدِ كَحُكْمِهِ فِيهِ)).

[١٢١٩٨] (قَوْلُهُ: فَكَمَا شَرَطَا) جَوَابُ شَرْطٍ مَحْذُوفٍ تَقْدِيرُهُ: فَإِنْ أُجِّلَ كُلُّهُ أَوْ عُجِّلَ كُلُّهُ، "ح"^(٤). وَفِي مَسْأَلَةِ التَّأْجِيلِ خِلَافٌ يَأْتِي^(٥).

٣٥٨/٢

[١٢١٩٩] (قَوْلُهُ: لِأَنَّ الصَّرِيحَ (لِخ) أَي: يُعْتَبَرُ مَا شَرَطَا وَإِنْ تُعَوِّفَ تَعْجِيلُ الْبَعْضِ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ صَرِيحٌ وَالْعُرْفَ دَلَالَةٌ، وَالصَّرِيحُ أَقْوَى.

[١٢٢٠٠] (قَوْلُهُ: إِلَّا إِذَا جَهِلَ الْأَجَلُ) ((إِذَا)) هُنَا ظَرْفِيَّةٌ، فَهُوَ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ أَعْمَ الظَّرْفِ، أَي: فَكَمَا شَرَطَا فِي كُلِّ وَقْتٍ إِلَّا فِي وَقْتِ جَهِلِ الْأَجَلِ، فَافْهَمْ.

قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٦): ((فَإِنْ كَانَتْ جِهَالَةٌ مُتَقَارِبَةً كَالْحَصَادِ وَالذِّيَّاسِ وَنَحْوِهِ فَهُوَ^(٧) كَالْمَعْلُومِ عَلَى الصَّحِيحِ كَمَا فِي "الظَّاهِرِيَّة"^(٨)) بِخِلَافِ الْبَيْعِ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ بِهَذَا الشَّرْطِ، وَإِنْ كَانَتْ مُتَفَاحِشَةً كَذَلِكَ إِلَى الْمِيسِرَةِ، أَوْ إِلَى هُبُوبِ الرِّيحِ، أَوْ إِلَى أَنْ تَمْطُرَ السَّمَاءُ فَلِأَجْلِ لَا يَثْبُتُ، وَيَجِبُ الْمَهْرُ حَالًا، وَكَذَا فِي "غَايَةِ الْبَيَانِ" اهـ.

(١) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٦٣/٢.

(٢) "در" ص ٤٧٨.

(٣) "الْفَتْح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٢٤٩/٣.

(٤) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٦٦/١.

(٥) الْمَقُولَةُ [١٢٢٠٢] قَوْلُهُ: ((فَيَصِحُّ لِلْعُرْفِ)).

(٦) "الْبَحْرِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٩٠/٣.

(٧) ((فَهُوَ)) سَاقِطَةٌ مِنْ "الْأَصْلِ".

(٨) "الظَّاهِرِيَّة": كِتَابُ النِّكَاحِ - الْفَصْلُ السَّابِعُ فِي الْمَهْرِ ق ٨٠/ب.

إِلَّا التَّأْجِيلَ لَطَّلَاقٍ أَوْ مَوْتٍ فَيَصَحُّ لِلْعُرْفِ، "بِرَّازِيَّة". وعن "الثاني": لها منعُهُ إِنْ أَجَّلَهُ كُلَّهُ، وَبِهِ يُفْتَى اسْتِحْسَانًا، "وَلَوَاجِيَّة"^(١). وفي "النهر"^(٢): ((لَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى مَائَةٍ عَلَى حَكْمِ الْحُلُولِ.....

[١٢٢٠١] (قوله: إِلَّا التَّأْجِيلَ) استثناء من المستثنى، "ح"^(٣).

[١٢٢٠٢] (قوله: فَيَصَحُّ لِلْعُرْفِ) قال في "البحر"^(٤): ((وَذَكَرَ فِي "الخلاصة"^(٥) و"البرازية"^(٦)

اختلافًا فيه، وصَحَّحَ أَنَّهُ صَحِيحٌ، وفي "الخلاصة"^(٧): وبِالطَّلَاقِ يَتَعَجَّلُ الْمُوجَّلُ، وَلَوْ رَاجَعَهَا لَا يَتَأَجَّلُ أَدَى. يعني: إِذَا كَانَ التَّأْجِيلُ إِلَى الطَّلَاقِ، أَمَّا لَوْ إِلَى مُدَّةٍ مُعَيَّنَةٍ لَا يَتَعَجَّلُ بِالطَّلَاقِ كَمَا قَدْ يَقَعُ فِي مَصَرٍّ مِنْ جَعَلَ بَعْضُهُ حَالًا وَبَعْضُهُ مُوجَّلًا إِلَى الطَّلَاقِ أَوْ [٣/١١٤ب] الْمَوْتِ وَبَعْضُهُ مُنْجَمًا، فَإِذَا طَلَّقَهَا تَعَجَّلَ الْبَعْضُ الْمُوجَّلُ لَا الْمُنْجَمُ، فَتَأْخُذُهُ بَعْدَ الطَّلَاقِ عَلَى نَجْوَمِهِ كَمَا تَأْخُذُهُ قَبْلَهُ، وَاخْتَلَفَ هَلْ يَتَعَجَّلُ الْمُوجَّلُ بِالطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ مُطْلَقًا أَوْ إِلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ؟ وَحَزَمَ فِي "القنية"^(٨) بِالثَّانِي، وَعَزَاهُ إِلَى عَامَّةِ الْمَشَايِخِ، وَلَوْ ارْتَدَّتْ وَلَحِقَتْ ثُمَّ أَسْلَمَتْ وَتَزَوَّجَهَا فَاِخْتَارَ أَنَّهُ لَا يُطَالَبُ بِالمهرِ الْمُوجَّلِ إِلَى الطَّلَاقِ كَمَا فِي "الصِّرَافِيَّةِ"؛ لِأَنَّ الرَّدَّةَ فَسَخَّ لَا طَلَّاقًا)) أَدَى مُلَخَّصًا.

[١٢٢٠٣] (قوله: وَبِهِ يُفْتَى اسْتِحْسَانًا) لِأَنَّهُ لَمَّا طَلَّبَ تَأْجِيلَهُ كُلَّهُ فَقَدْ رَضِيَ بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ

فِي الْإِسْتِمَاعِ، وَفِي "الخلاصة"^(٩): ((أَنَّ الْأُسْتَاذَ "ظَهِيرَ الدِّينِ" كَانَ يُفْتَى بِأَنَّهُ لَيْسَ لَهَا الْإِمْتِنَاعُ، وَ"الصَّدَرُ الشَّهِيدُ" كَانَ يُفْتَى بِأَنَّ لَهَا ذَلِكَ)) أَدَى. فَقَدْ اخْتَلَفَ الْإِفْتََاءُ، "بجر"^(١٠).

(١) "الولولجية": كتاب النكاح - الفصل الثاني في التوكيل والرسالة إلى آخره ق ٤٨/ب.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٦/ب بتصرف.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٦/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٠/٣.

(٥) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر ق ٨٢/أ.

(٦) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر ١٣٢/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر ق ٨٢/أ.

(٨) "القنية": كتاب النكاح - باب في المهر ق ٣٥/أ.

(٩) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر ق ٨٢/أ.

(١٠) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٠/٣.

قلت: والاستحسان مُقَدَّمٌ، فلذا جَزَمَ به الشَّارِحُ، وفي "البحر"^(١) عن "الفتح"^(٢): ((وهذا كُلُّهُ إذا لم يَشْتَرِطِ الدُّخُولَ قبل حُلُولِ الأجل، فلو شَرَطَهُ وَرَضِيَتْ بِهِ^(٣)) ليس لها الامتناعُ اتِّفَاقاً)) اهـ.

(تنبيه)

يُفْهَمُ من قول "الشَّارِحِ": ((إِنْ أَجَّلَهُ كُلُّهُ)) أَنَّهُ لو أَجَّلَ البعضَ ودَفَعَ المَعْجَلُ ليس لها الامتناعُ على قول "الثَّانِي"، مع أَنَّهُ في "شرح الجامع" لـ "قاضي خان"^(٤) ذَكَرَ أَوَّلًا: ((أَنَّهُ لو كان المهرُ مُوجِبًا ليس لها المنعُ قبل حُلُولِ الأجلِ ولا بعده، وكذا لو كان المُوَجَّلُ بعضُهُ واستوفت العاجل^(٥)، وكذا لو أَجَّلْتُهُ بعد العَقْدِ))، ثُمَّ قال^(٦): ((وعلى قول "أبي يوسف" لها المنعُ إلى استيفاءِ الأجلِ في جميع هذه الفصولِ إذا لم يكن دَخَلَ بها إِنْجَازًا، وهذا مُخَالَفٌ لقول "المُصَنِّفِ": ((لأَخَذِ مَا يُبَيِّنُ تَعَجُّلَهُ إِنْجَازًا))، لكنْ رَأَيْتُ في "الدَّخِيرَةِ" عن "الصَّدْرِ الشَّهِيدِ" أَنَّهُ قال في مسألةٍ تَأْجِيلِ البعضِ: ((أَنَّ لَهُ الدُّخُولَ بها في ديارِنَا بلا خِلَافٍ؛ لِأَنَّ الدُّخُولَ عند أدَاءِ

(قوله: وهذا مُخَالَفٌ لقول "المُصَنِّفِ" إِنْجَازًا) فيه أَنَّ ما ذَكَرَهُ عن "شرح الجامع" ليس فيه مُخَالَفَةٌ لِمَا في "المُصَنِّفِ"؛ لِأَنَّهُ جَرَى فيه على قولٍ غيرِ "أبي يوسف". نعم فيه مُخَالَفَةٌ لتَقْيِيدِ "الوَلَوِ الْجَيَّةِ" المنعُ بتَأْجِيلِ الكُلِّ، وعلى عبارة "شرح الجامع" لا فَرْقَ في المنعِ على قولِ "أبي يوسف" بين تَأْجِيلِ الكُلِّ أو البعضِ، وقد تُدْفَعُ المُخَالَفَةُ بأنَّ ما في "الوَلَوِ الْجَيَّةِ" من تَقْيِيدِ المنعِ بما إذا أَجَّلَ الكُلِّ روايةً عن "أبي يوسف"، وما في "شرح الجامع" من إطلاَقِ المنعِ لتَأْجِيلِ الكُلِّ أو البعضِ قولُ "أبي يوسف"، أو بأنَّ تَقْيِيدَ "الوَلَوِ الْجَيَّةِ" بتَأْجِيلِ الكُلِّ ليس احتِزَازًا عن تَأْجِيلِ البعضِ، فهو غيرُ مُعْتَبَرٍ المَفْهُومُ بالنسبةِ لتَأْجِيلِ البعضِ، لكن في الظاهر دَفْعُ المُخَالَفَةِ الأَوَّلِ، وَحِينَئِذٍ يَكُونُ الْمُفْتَى به روايةُ "أبي يوسف" لا قَوْلُهُ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٠/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٤٩/٣.

(٣) ((به)) ساقطة من "الأصل".

(٤) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب في المهور ٩٨/١/٢ تصرف.

(٥) في "الأصل": ((الأجل)).

(٦) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب في المهور ٩٨/١/٢ تصرف.

على أن يُعَجَّلَ أربعين لها منعه حتى تقبضه^(١).

(و) لها (النفقة) بعد المنع (و) لها (السفر والخروج من بيت زوجها للحاجة،
(و) لها (زيارة أهلها بلا إذنه^(١)) ما لم تقبضه أي: المعجل،

المعجل مشروط عرفاً، فصار كالمشروط^(٢) نصاً، أما في تأجيل الكل فغير مشروط لا عرفاً ولا نصاً، فلم يكن له الدخول على قول "الثاني" استحساناً^(٣) اهـ، فافهم.

[١٢٢٠٤] (قوله: على أن يُعَجَّلَ أربعين) أي: قبل الدخول.

[١٢٢٠٥] (قوله: لها منعه حتى تقبضه) أي: قبض الباقي بعد الأربعين؛ إذ ليس في اشتراط تعجيل البعض مع النص على حلول الجميع دليل على تأخير الباقي إلى الطلاق أو الموت بوجه من وجوه الدلالات، والذي عليه العادة في مثل هذا التأخير إلى اختيار المطالبة، "بحر"^(٣) عن "فتاوى العلامة قاسم".

(فرغ)

في "الهندية"^(٤) عن "الحانية"^(٥): ((تَزَوَّجَهَا بِالْفَرْقِ عَلَى أَنْ يَقْدَحَهَا مَا تيسَّرَ لَهُ وَالبَقِيَّةُ إِلَى سَنَةِ ١١٤٣/ب)) فالألفُ كُلُّهُ إِلَى سَنَةِ مَا لَمْ تَبْرَهِنْ أَنَّهُ تيسَّرَ لَهُ مِنْهُ شَيْءٌ أَوْ كُلُّهُ فَتَأْخُذْهُ)).

[١٢٢٠٦] (قوله: ولها النفقة بعد المنع) أي: المنع لأجل قبض المهر، ويشمل المنع من الوطء

(قول "الشَّارَحُ": للحاجة) ولغيرها لا تخرج ولو خالية من الأزواج؛ للأمر بالقرار في البُيُوت.

(قوله: ويشمل المنع من الوطء وهي في بيته، وهو ظاهر إلخ) إذ لو منعه من الوطء وهي في بيته بعد

(١) في "د" زيادة: ((للرجل أن يأذن لامرأته بالخروج إلى سبعة مواضع: الأول: زيارة الأبوين، وعبادتهما، أو عيادة أحدهما، وتعزيتهما، أو تعزية أحدهما. والثاني: زيارة الأقرباء. والثالث: إذا كانت قابلة. والرابع: إذا كانت غسالة. والخامس: إذا كان لها على آخر حق. والسادس: عكسه، وفي نحو هذه الصور يجوز لها أن تخرج بغير إذن الزوج. والسادس: الحج. ويجوز لها الخروج بغير إذنه إن خافت انهدام الدار وهلاكها، وإلى تعلُّم علم الفرض، وماء التوضي، ومسألة العلم، وإعانة الأبوين، وتماه في "التارخانية" في الفصل الحادي والعشرين)). ١٦٥/أ.

(٢) ((كالمشروط)) ساقطة من "٣".

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩١/٣.

(٤) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الفصل الحادي عشر: في منع المرأة نفسها وعمرها والتأجيل في المهر وما يتعلق بهما ٣١٩/١.

(٥) "الحانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر ٣٨١/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

فلا تَخْرُجُ إِلَّا لِحَقِّهَا أو عَلَيْهَا.....

وهي في بيته، وهو ظاهر، وكذا لو امْتَنَعَتْ من الثَقْلَةِ إلى بيته فلها النِّفْقَةُ كما يأتي^(١) في بابها، وكذا لو سافرت، ويشكّل عليه أن النِّفْقَةَ جزاء الاحتباس، ولهذا لو كانت مغضوبة أو حاجة وهو ليس معها لا نفقة لها مع أنها لم تحبس بعذر، وقد يجاب بأن التقصير جاء من جهته بعدم دفع المهر، فكانت محتسبة حكماً، كما لو أخرجها من منزله فلها النِّفْقَةُ بخلاف المغضوبة والحاجة، فإن ذلك ليس من جهته، هذا ما ظهر لي.

[١٢٢٠٧] (قوله: فلا تخرج إلخ) جواب شرط مُقَدَّر، أي: فإن قبضته فلا تخرج إلخ، وأفاد به تقييد كلام المتن، فإن مقتضاه أنها إن قبضته ليس لها الخروج للحاجة وزيارة أهلها بلا إذنه، مع أن لها الخروج وإن لم يأذن في المسائل التي ذكرها "الشارح" كما هو صريح عبارته في "شرحه" على "المنتقى"^(٢) عن "الأشباه"^(٣)، وكذا فيما لو أرادت حج الفرض بمحرم، أو كان أبوها زمناً مثلاً يحتاج إلى خدمتها ولو كان كافراً، أو كانت لها نازلة ولم يسأل لها الزوج عنها من عالم، فخرج بلا إذنه في ذلك كله كما بسطه في نفقات "الفتح"^(٤) خلافاً لما في "القهستاني"^(٥) وإن تبعه "ح"، حيث قال^(٦): ((بعد الأخذ ليس لها أن تخرج بلا إذنه أصلاً))، فافهم.

أخذ المهر لا يُعدُّ نشوزاً، ولها النِّفْقَةُ فهنا أولى اهـ.

(قوله: مع أنها لم تحبس بعذر إلخ) النفي مسلط على المقيّد دون قيده، والباء للسببية للاحتباس، تأمل.

(١) انظر "الدر" عند المَقُولَةِ [١٥٨٩٩] قوله: ((إذا لم يطالبها إلخ)).

(٢) "الدر المنتقى": كتاب النكاح - باب المهر - فصل: ولا يجب شيء سمي أولاً بلا وطء ٣٥٨/١ (هامش "جمع الأنهر").

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب النكاح ص ٢٠.

(٤) "الفتح": كتاب الطلاق - باب النفقة ٢٠٨/٤.

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح - باب المهر ٢٩١/١.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٦/أ.

أو لزيارة أبيها كلَّ جمعة مرةً، أو المحارم كلَّ سنةٍ، أو لكونها^(١) قابلةً أو غاسلةً...

[١٢٢٠٨] (قوله: أو لزيارة أبيها) سيأتي^(٢) في باب النفقات عن "الاختيار" تقييده بما إذا لم يُقدرا على إتيانها، وفي "الفتح"^(٣): ((أنَّه الحقُّ))، قال: ((وإنَّ لم يكن كذلك ينبغي أن يُؤدَّن لها في زيارتهما في الحين بعد الحين على قدر مُتعارَفٍ، أمَّا في كلِّ جمعةٍ فهو بعيدٌ، فإنَّ في كثرة الخروج فتح باب الفتنة، خصوصاً إن كانت شابةً والرَّجل من ذوي الهيئات)).

٣٥٩/٢

[١٢٢٠٩] (قوله: أو لكونها قابلةً أو غاسلةً) أي: تغسل الموتى كما في "الخائصة"^(٤)، وسيدكرُ الشَّارحُ^(٥) في النفقات عن "البحر": ((أنَّ له مُنعها لتقدُّم حقِّه على فرض الكفاية))، وكذا بحثه الحموي^(٦)، وقال "ط"^(٧): ((إنَّه لا يُعارضُ المنقول))، وقال الرَّحْمَنِيُّ^(٨): ((ولعله محمولٌ على ما إذا تعيَّن عليها ذلك)) اهـ.

قلت: لكنَّ المتبادر من كلامهم الإطلاق، ولا مانع من أن يكون تزوجهُها مع علمه بحالها رضاً بإسقاط حقِّه، تأمل. ثم رأيتُ في نفقات "البحر"^(٩) ذكرَ عن "النوازل": ((أنَّها تخرُجُ بإذنٍ

(قوله: وسيدكرُ الشَّارحُ في النفقات عن "البحر" أنَّ له مُنعها إلخ) لا مُنافاة؛ فإنه لا يلزم من جواز خروجهَا عدمُ منع الزَّوج لها، فهذا البحث لا يُعارضُ المنقول، كما في خروجهَا للحَمَام؛ فإنه جائزٌ، وله مُنعها. وفي "السَّنْدِي": ((وَمَّا يُقَوَّى بِحُثِّ "الْحَمَوِي" ما تقدَّم: أنَّ للزَّوج أن يَمْنَعَهَا من الخُرُوجِ ليلاً، ومن الكَسْبِ حتَّى في بيتها)). والحاصل أنَّ الزَّوج إن لم يكن مانعاً من العمل جاز أن تخرُجَ بلا إذنٍه في وقتٍ تأمَّن احتياجهُ إليها، وإنَّ مُنعها فلا خُرُوجَ إلَّا إذا تعيَّنتُ.

(١) في "ب" و"ط": ((ولكونها)).

(٢) انظر "الدر" عند المقولة [١٦١٣] قوله: ((على ما اختاره في "الاختيار")).

(٣) "الفتح": كتاب الطلاق - باب النفقة ٢٠٨/٤.

(٤) "الخائصة": كتاب النكاح - باب النفقة - فصل في حقوق الزوجية ٤٤٣/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) انظر "الدر" عند المقولة [١٦١٢٥] قوله: ((وكلَّ عملٍ ولو ترفعاً لأجنبي)).

(٦) "عمر عيون البصائر": الفن الثاني - كتاب النكاح ١٠٨/٢-١٠٩.

(٧) "ط" كتاب النكاح - باب المهر ٦٤/٢ بتصرف.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب النفقة ٢١٢/٤، ناقلًا عن "النوازل" بواسطة "الخلاصة".

لا فيما عدا ذلك، وإن أُذِنَ كانا عاصيين، والمعتمدُ جوازُ الحَمَامِ بلا تَزْيِينٍ، "أشباه" ^(١). وسيجيءُ في النَّفَقَةِ.

(وَيُسَافِرُ بِهَا بَعْدَ أَدَاءِ كُلِّهِ) مُوجَّلاً وَمُعَجَّلاً (إذا كان مأموناً عليها، وإلاَّ) يُؤَدُّ كُلَّهُ، أو لم يكن مأموناً (لا) يُسَافِرُ بِهَا، وبه يُفْتَى كما في "شروح المجمع"، واختارهُ في "ملتقى الأبحر" ^(٢)، و"مجمع الفتاوى"، واعتمدهُ "المصنّف"،

وبدونه))، ثم نَقَلَ ^(٣) عن "الخاتية" ^(٤) تقييدهُ بإذن [١١٥ق/٣] الزَّوْجِ.

[١٢٢١٠] (قوله: لا فيما عدا ذلك) عبارةُ "الفتح" ^(٥): ((وما عدا ذلك من زيارةِ الأجانبِ وعبادتهم والوليمةَ لا يَأْذُنُ لها، ولا تَخْرُجُ إلخ)).

[١٢٢١١] (قوله: والمعتمدُ إلخ) عبارةُ فيما سيجيءُ ^(٦) في النَّفَقَةِ: ((وله مُنْعُهَا مِنَ الحَمَامِ إِلَّا لِنَفْسَاءَ وإن جازَ بلا تَزْيِينٍ وكشفِ عورةِ أحدٍ، قال "الباقاني": وعليه فلا خلافَ في منعهنَّ؛ للعلمِ بكشفِ بعضهنَّ، وكذا في "الشَّرْئِيَّةِ" ^(٧) مَعْرِيّاً لـ "الكَمال" ^(٨))). اهـ.

وليس عدمُ التَّزْيِينِ خاصاً بالحَمَامِ ^(٩)؛ لِما قاله "الكَمال" ^(١٠): ((وحيثُ أبَحنَا لها الخُروجَ فبِشَرطِ عدمِ الزَّيْنَةِ في الكلِّ وتغييرِ الهيئَةِ إلى ما لا يكونُ داعيةً إلى نظَرِ الرِّجَالِ واستِمَالَتِهِمْ)).

مطلبٌ في السَّفَرِ بِالزَّوْجَةِ

[١٢٢١٢] (قوله: مُوجَّلاً وَمُعَجَّلاً) تفسِيرُ لِقَوْلِهِ: ((كُلِّهِ))، والنَّصَبُ بتقديرٍ: يعني، قال

(١) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب النكاح ص ٢٠٥ - بتصرف.

(٢) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥١/١.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب النفقة ٢١٢/٤.

(٤) "الخاتية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر - فصل في حبس المرأة نفسها بالمهر ٣٨٦/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "الفتح": كتاب الطلاق - باب النفقة ٢٠٨/٤.

(٦) انظر "الدر" عند المقولة [١٦١٢٩] قوله: ((ومن الحمام إلخ)).

(٧) "الشَّرْئِيَّةِ": كتاب النكاح - باب النفقة ٤١٦-٤١٧ (هامش "الدر والغرر").

(٨) "الفتح": كتاب الطلاق - باب النفقة ٢٠٨/٤.

(٩) في "د" زيادة: ((بل يعمُّ كل خروج "منع")) ق ١٦٥/١.

(١٠) "الفتح": كتاب الطلاق - باب النفقة ٢٠٨/٤.

وبه أفتى شيخنا "الرَّملي"^(١)، لكن في "النَّهر": ((والذي عليه العملُ في ديارنا أنه لا يُسافرُ بها جبراً عليها)).....

في "البحر"^(٢) عن "شرح المجمع": ((وأفتى بعضهم بأنه إذا أوفاهَا المَعْلَ والمُوجَّلَ وكان مأموناً سافرَ بها، وإلاَّ لا؛ لأنَّ التَّأجيلَ إنما يَبْتُجُّ بحكمِ العُرفِ، فلعلَّها إنما رَضِيَتْ بالتَّأجيلِ لأجلِ إمساكها في بلديها، أمَّا إذا أخرجَها إلى دارِ الغُربةِ فلا إلحَ)).

[١٢٢١٣] (قوله: لكن في "النَّهر"^(٣) إلحَ) ومثله في "البحر"^(٤)، حيث ذَكَرَ أوَّلًا: ((أنَّه إذا أوفاهَا المَعْلَ فالفتوى على أنه يُسافرُ بها كما في "جامع الفصولين"^(٥)، وفي "الحانية"^(٦) و"الولوالجية"^(٧): أنه ظاهرُ الرِّوايةِ))، ثمَّ ذَكَرَ^(٨) عن الفقيهين "أبي القاسم الصَّفَّار" و"أبي اللَّيث": ((أنَّه ليس له السَّفرُ مطلقاً بلا رضاها لفسادِ الرِّمان؛ لأنَّها لا تَأْمَنُ على نفسها في منزلها، فكيف إذا عَرَجَتْ))، و((أنَّه صَرَّحَ في "المختار"^(٩): بأنَّ عليه الفتوى، وفي "الحيط": أنه المختارُ، وفي "الولوالجية"^(١٠): أنَّ جوابَ ظاهرِ الرِّوايةِ كان في زمانهم، أمَّا في زماننا فلا))، وقال^(١١): ((فَجَعَلَهُ من بابِ اختلافِ الحكمِ باختلافِ العصرِ والزَّمانِ كما قالوا في مسألة الاستتجارِ على الطَّاعات))، ثمَّ ذَكَرَ^(١٢) ما في المتن عن "شرح المجمع" لمصنِّفه، ثمَّ قال^(١٣):

(١) "الفتاوى الحزبية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٩/١.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٢/٣.

(٣) "النَّهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٦/أب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٢/٣.

(٥) "جامع الفصولين": الفصل العشرون: في دعوى النكاح والمهر والنفقة ودعوى الجهاز وما يتعلق به ٢٦٤/١.

(٦) "الحانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر - فصل في حبس المرأة نفسها بالمهر ٣٨٦/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "الولوالجية": كتاب النكاح - الفصل الثاني: التوكيل في النكاح والرسالة والكتابة والكفاة والمهر والنفقة ق ٥٠/أ.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٢/٣.

(٩) "الاختيار": كتاب النكاح - فصل: وإن تزوجها على خمر أو خنزير... ١٠٩/٣.

(١٠) "الولوالجية": كتاب النكاح - الفصل الثاني: التوكيل في النكاح والرسالة والكتابة والكفاة والمهر والنفقة ق ٥٠/أ.

(١١) أي صاحب البحر ١٩٢/٣.

(١٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٢/٣.

(١٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٢/٣.

وجزَمَ به "البرزاي" وغيره، وفي "المختار"^(١): ((وعليه الفتوى))،.....

((فقد اختلف الإفتاء، والأحسن الإفتاء بقول الفقيهين من غير تفصيل، واختاره كثير من مشايخنا كما في "الكافي"^(٢)، وعليه عمل القضاة في زماننا كما في "أنفع الوسائل")) اهـ.

ولا يقال: إنه إذا اختلف الإفتاء لا يُعدّل عن ظاهر الرواية؛ لأن ذلك فيما لا يكون مبنياً على اختلاف الزمان كما أفاده كلام "اللولوالجية" وقول "البحر"^(٣): ((فجعلهُ إلخ))، فإن الاستحجار على الطاعات كالتهليم ونحوه لم يُقلّ بجوازه "الإمام" ولا "صاحبه"، وأفتى به المشايخ للضرورة التي لو كانت في زمان "الإمام" لقال به، فيكون ذلك مذهبه حكماً كما أوضحت [٣/١١٥ب] ذلك في شرح أرجوزتي المنظومة في "رسم المفتي"^(٤)، فافهم.

[١٢٢١٤] (قوله): وجزَمَ به "البرزاي"^(٥) كذا في "النهر"^(٦)، مع أن الذي حطّ عليه كلام "البرزاي" تفويض الأمر إلى المفتي، فإنه قال: ((وبعد إيفاء المهر إذا أراد أن يُخرجهما إلى بلاد الغربة يُمنع من ذلك؛ لأن الغريب يؤذى ويتضرر لفساد الزمان: (شعر) [خفيف] ما أذلّ الغريب ما أشقاه كل يوم يهينه من يراه

كذا اختار "الفقيه"، وبه يُفتى، وقال "القاضي": قول الله تعالى: ﴿أَشْكُرُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ﴾ [الطلاق-٦] أولى من قول "الفقيه"، قيل: قوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ﴾ [الطلاق-٦] في آخره دليل قول "الفقيه"؛ لأننا قد علمنا من عادة زماننا مضارةً قطعيةً في الاعتزاب بها، واختار في "الفصول" قول "القاضي"، فيفتي بما يقع عنده من المضارة وعدمها؛ لأن المفتي إنما يفتي بحسب ما يقع عنده من المصلحة)) اهـ.

(١) انظر "الاختيار": كتاب النكاح فصل: وإن تزوجها على مهر أو خنزير ١٠٩/٣.

(٢) "كافي النسفي": كتاب النكاح - باب المهر ق ١١٥ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٢/٣.

(٤) "مجموع رسائل ابن عابدين": الرسالة الأولى: رسم المفتي - مسألة الاستحجار على تعليم القرآن ٢٥٠، ١٣/١.

(٥) "البرزاية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر ١٣٤/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٦ب.

فَقَوْلُهُ: ((فَيُفْتَى إِنْ)) صَرِيحٌ فِي أَنَّهُ لَمْ يَحْزَمْ بِقَوْلِ "الْفَقِيهِ" وَلَا بِقَوْلِ "الْقَاضِي"، وَإِنَّمَا حَزَمَ بِتَفْوِضِ ذَلِكَ إِلَى الْمُفْتِيِ الْمَسْئُولِ عَنِ الْحَادِثَةِ، وَأَنَّهُ لَا يَنْبَغِي طَرْدُ الْإِفْتَاءِ بِوَاحِدٍ مِنَ الْقَوْلَيْنِ عَلَى الْإِطْلَاقِ، فَقَدْ يَكُونُ الزَّوْجُ غَيْرَ مَأْمُونٍ عَلَيْهَا يَرِيدُ نَقْلَهَا مِنْ بَيْنِ أَهْلِهَا لِيُؤْذِنَهَا أَوْ يَأْخُذَ مَالَهَا، بَلْ نَقَلَ بَعْضُهُمْ أَنَّ رَجُلًا سَافَرَ بِزَوْجَتِهِ، وَأَدْعَى أَنَّهَا أَمْتُهُ وَبَاعَهَا، فَمَنْ عَلِمَ مِنْهُ الْمُفْتَى شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفْتِيَهِ بِظَاهِرِ الرَّوَايَةِ؛ لِأَنَّا نَعْلَمُ يَقِينًا أَنَّ "الإِمَامَ" لَمْ يَقُلْ بِالْجَوَازِ فِي مِثْلِ هَذِهِ الصُّورَةِ، وَقَدْ تَبَيَّنَ تَزَوُّجُ غَرِيبِ امْرَأَةٍ غَرِيبَةٍ فِي بَلَدِهِ، وَلَا يَتَيَسَّرُ لَهُ فِيهَا الْمَعَاشُ، فَيُرِيدُ أَنْ يَنْقُلَهَا إِلَى بَلَدِهِ أَوْ غَيْرِهَا وَهُوَ مَأْمُونٌ عَلَيْهَا، بَلْ قَدْ يَرِيدُ نَقْلَهَا إِلَى بَلَدِهَا، فَكَيْفَ يَجُوزُ الْعُدُولُ عَنْ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ وَالْحَالِ أَنَّهُ لَمْ يَوْجَدْ الضَّرْرُ الَّذِي عُلِّلَ بِهِ ^(١) الْقَائِلُ بِخِلَافِهِ؟! بَلْ وَجِدَ الضَّرْرَ لِلزَّوْجِ دُونِهَا، فَنَعْلَمُ يَقِينًا أَيْضًا أَنَّ مَنْ أَقْبَى بِخِلَافِ ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ لَا يَقُولُ بِالْجَوَازِ فِي مِثْلِ هَذِهِ الصُّورَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ ذَهَبَ بِزَوْجَتِهِ لِلْحَجِّ، فَأَقَامَ ^(٢) بِهَا فِي مَكَّةَ مَدَّةً، ثُمَّ حَجَّ وَامْتَنَعَتْ مِنَ السَّفَرِ مَعَهُ إِلَى بَلَدِهِ هَلْ يَقُولُ أَحَدٌ مَنَعَهُ عَنِ السَّفَرِ بِهَا وَبَتَرَكِهَا وَحْدَهَا تَفْعَلُ مَا أَرَادَتْ؟ فَتَعَيَّنَ تَفْوِضُ الْأَمْرِ إِلَى الْمُفْتِيِ، وَلَيْسَ هَذَا خَاصًّا بِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، بَلْ لَوْ عَلِمَ الْمُفْتَى أَنَّهُ يَرِيدُ نَقْلَهَا مِنْ مَحَلَّةٍ

٣٦٠/٢

(قَوْلُهُ: فَتَعَيَّنَ تَفْوِضُ الْأَمْرِ إِلَى الْمُفْتِيِ إِنْ) وَقَالَ فِي "أَنْفَعِ الْوَسَائِلِ": ((وَالَّذِي يَنْبَغِي أَنْ يُنْظَرَ إِلَى وَطَنِ الْمَرْأَةِ الَّذِي فِيهِ عَشِيرَتُهَا وَقَوْمُهَا؛ فَإِنْ كَانَ تَزَوُّجُهَا فِيهِ بَيْنَ قَوْمِهَا ثُمَّ طَلَبَ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ يَنْقُلَهَا إِلَى بَلَدٍ آخَرَ لَا يُجَازِبُ إِلَى ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ فِي مِصْرٍ لَيْسَ لَهَا فِيهِ عَشِيرَةٌ وَقَدْ تَزَوَّجَهَا فِيهِ وَأَصْلُهَا مِنْ مِصْرٍ آخَرَ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَحْكَمَ لَهَا بِالْمَنْعِ، وَأَيْضًا يَنْبَغِي لِلْحَاكِمِ أَنْ يَسْتَكْشِفَ عَنْ حَقِيقَةِ الْحَالِ، وَيَنْظُرَ فِي طَلَبِ السَّفَرِ بِأَهْلِهَا؛ فَإِنْ كَانَ طَلَبُهُ مُضَارَّةً لِأَجْلِ أَنْ تُرِكَهُ مِنَ الْمَهْرِ، أَوْ تَرَكَ الْكِسْفَةَ، أَوْ لِأَمْرِ جَرَى بَيْنَهُمَا مِنْ خُصُومَةٍ أَوْ نَحْوِهَا فَلَا يُجِيبُهُ)) اهـ. وَأَقْرَأَ "الطُّورِيَّ"، وَفِي "إِجَابَةِ السَّائِلِ".

(١) ((بِه)) ساقطة من "الأصل".

(٢) فِي "م": ((فَقَام)).

وفي "الفصول": ((يُفتي بما يقع عنده من المصلحة)).

(وَيَنْقُلُهَا فيما دونَ مُدَّتِهِ) أي: السَّفَر (من المصير إلى القرية وبالعكس) ومن قرية إلى قرية؛ لأنه ليس بغربة، وقِيْدُهُ في "التَّاتَرخَانِيَّة" ^(١) بقريةٍ يَمَكُنُهُ الرَّجُوعُ قَبْلَ اللَّيْلِ إلى وطنِهِ، وأُطْلِقَهُ في "الكافي" قَائِلًا: ((وعليه الفتوى)).....

إلى مَحَلَّةٍ أُخْرَى في البلدة بعيدة عن أهلها لِقَصْدِ إِضْرَارِهَا لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُعَيِّنَهُ عَلَى ذَلِكَ، وَمَنْ أَرَادَ الإِطْلَاعَ عَلَى [١١٦ق/٣] أزيد من ذلك فَلْيَنْظُرْ في رسالتنا المسماة "نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف" ^(٢) التي شَرَحْتُ بها بيتاً من أَرْجَوْتِي في "رسم المفتي"، وهو قولِي: [رجز] والعرف في الشرع له اعتبارٌ لذا عليه الحكمُ قد يُدارُ

[١٢٢١٥] (قوله): وفي "الفصول" (إلخ) قد علمت ^(٣) أنَّ هذا اختيارُ صاحب "البَزَائِيَّة"، وأنَّ ما في "الفصول" غيرُهُ.

[١٢٢١٦] (قوله): وقِيْدُهُ الضَّمِيرُ يعودُ إلى النِّقْلِ المفهوم من قوله: ((وَيَنْقُلُهَا))، وكذا الضَّمِيرُ في قوله: ((وأُطْلِقَهُ))، وقوله: ((يَمَكُنُهُ الرَّجُوعُ)) الأولى: يَمَكُنُهَا، وفي "الشَّرَنْبَلَايَّة" ^(٤): ((وينبغي العملُ بالقولِ بعدمِ نَقْلِهَا من المصير إلى القرية في زماننا؛ لِما هو ظاهرٌ من فسادِ الزَّمانِ، والقولُ بنَقْلِهَا إلى القرية ضعیفٌ؛ لقولِ الاختيار ^(٥): "وقيل: يُسافرُ بها إلى قري المصير القريبة؛ لأنها ليست بغربةٍ أهد. وليس المرادُ السَّفَرُ الشرعيُّ بل النِّقْلُ؛ لقوله: لأنها ليست بغربةٍ)) أهد ما في "الشَّرَنْبَلَايَّة".

(١) "التاترخانية": كتاب النكاح - الفصل السابع عشر في المهر - نوع منه في المرأة التي منعت نفسها مهرها ١١٦/٣ يتصرف، نقلاً عن "الحجة".

(٢) انظر رسالته المذكورة ضمن "مجموع رسائل ابن عابدين" ١٢٥/٢.

(٣) في المقولة السابقة.

(٤) "الشرنبلالية": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٧/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٥) "الاختيار": كتاب النكاح - فصل: وإن تزوجها على حمر أو خنزير ... ١٠٩/٣.

(وإن اختلفا في المهر (ففي أصله^(١)) حلف منكر التسمية، فإن نكل ثبتت، وإن حلف.....

قلت: وفيه أنه بعد تصريح "الكافي"^(٢): ((بأن الفتوى على جواز النقل)) وقول "القنية"^(٣): ((إنه الصواب)) كيف يكون ضعيفاً؟! نعم لو اقتصر على الترجيح بفساد الزمان لكان أولى، لكن ينبغي العمل بما مر^(٤) عن "البرازي" من تفويض الأمر إلى المفتي، حتى لو رأى رجلاً يريد نقلها للإضرار بها والإيذاء لا يقته، ولا سيما إذا كانت من أشراف الناس ولم تكن القرية مسكناً لأمثالها، فإن المسكن يعتبر بحالهما كالتفقه كما سيأتي^(٥) في بابها.

مطلب: مسائل الاختلاف في المهر

[١٢٢١٧] (قوله: وإن اختلفا في المهر) قال في "الفتح"^(٦): ((الاختلاف في المهر إما في قدره أو في أصله، وكل منهما إما في حال الحياة أو بعد موتيهما أو موت أحدهما، وكل منهما إما بعد الدخول أو قبله)).

[١٢٢١٨] (قوله: ففي أصله) بأن ادعى أحدهما التسمية وأنكر الآخر.

[١٢٢١٩] (قوله: حلف) أي: بعد عجز المدعي عن البرهان، ولم يتعرض الشارحون للتحليف لظهوره كما في "البحر"^(٧).

(١) في "د" زيادة: ((أي: لو اختلفا في أصل المسمى؛ بأن ادعى أحدهما ونفاه الآخر؛ فإنه يجب مهر المثل اتفاقاً. مدني)). ق ١٦٥/أ.

(٢) "كافي النسخي": كتاب النكاح - باب المهر ق ١١٥/ب.

(٣) "القنية": كتاب النكاح - باب فيما يجوز للزوج والزوجة أن يفعل ق ٣٥/ب.

(٤) المقولة [١٢٢١٤] قوله: ((وجزم به البرازي)).

(٥) المقولة [١٦١٢] قوله: ((لكن نظر فيه "الشرينلالي" [إخ])).

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٠/٣.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٦/٣ - ١٩٧.

((يَجِبُ مَهْرُ الْمُثَلِّ)) وفي المهرِ يَحْلِفُ (إجماعاً)،.....

[١٢٢٢٠] (قوله: يَجِبُ مَهْرُ الْمُثَلِّ) قال في "البحر"^(١): ((ظاهره أنه يَجِبُ بالغاً ما بلغَ، وليس كذلك، بل لا يُزَادُ على ما ادَّعته المرأة لو هي المدَّعية للتَّسمية، ولا يُقَصُّ عمَّا ادَّعاه الزوج لو هو^(٢) المدَّعي لها كما أشار إليه في "البدائع"^(٣))). اهـ.

قلت: هذا يَظْهَرُ لو^(٤) سَمَّى المدَّعي شيئاً، وإلا فلا، تأمل.

ثم هذا مُقَيَّدٌ بما إذا كَانَ الاختلافُ قَبْلَ الطَّلَاقِ مطلقاً، أو بعدهُ بعد^(٥) الدُّخُولِ أو الخُلُوةِ، أمَّا لو طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ والخُلُوةِ فالواجبُ المتعةُ كما في "البحر"^(٦)، ولم يَتَعَرَّضْ له هنا لانفهاميه [٣/١١٦ب] من قوله الآتي^(٧): ((وفي الطَّلَاقِ قَبْلَ الوطءِ حُكْمُ متعةٍ للمثَلِّ)).

[١٢٢٢١] (قوله: وفي المهرِ يَحْلِفُ إجماعاً) إشارةٌ إلى الرَّدِّ على "صدر الشريعة"، حيث قال: ((ينبغي أن لا يَحْلِفَ المنكَّرُ عند "أبي حنيفة"؛ لأنَّه لا تحليفَ عنده في النِّكَاحِ، فيجبُ مهرُ المَثَلِّ))، قال في "البحر"^(٨): ((وفيه نظر؛ لأنَّ التحليفَ هنا على المال لا على أصلِ النِّكَاحِ، فيتعيَّنُ أن يَحْلِفَ^(٩) مُنكَّرُ التَّسمية إجماعاً)) اهـ، وكذا اعتَرَضَهُ صاحبُ "الدرر"^(١٠) و"ابن الكمال"، ونَسَبَهُ إلى الوَهْمِ.

[١٢٢٢٢] (قوله: إجماعاً) قَيِّدٌ لقوله: ((يَجِبُ))، ولقوله: ((يَحْلِفُ)).

(١) "البحر": كتاب النِّكَاح - باب المهر ١٩٦/٣.

(٢) من ((المدَّعية)) إلى ((لو هو)) ساقط من "٣".

(٣) "البدائع": كتاب النِّكَاح - فصل وأما حكم اختلاف الزوجين في المهر ٣٠٥/٢.

(٤) في "م": ((ولو)).

(٥) في "م": ((وبعد)).

(٦) "البحر": كتاب النِّكَاح - باب المهر ١٩٦/٣.

(٧) "در" ص ٤٩٨-.

(٨) "البحر": كتاب النِّكَاح - باب المهر ١٩٦/٣-١٩٧.

(٩) في "٣": ((لا يحلف))، وهو خطأ.

(١٠) "الدرر": كتاب النِّكَاح - باب المهر ٣٤٧/١.

(و) إِنْ اِخْتَلَفَا (فِي قَدَرِهِ).....

[١٢٢٢٣] (قوله: وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي قَدَرِهِ) أَي: نَقْدًا كَانَ أَوْ مَكِيلًا أَوْ موزونًا وَهُوَ دَيْنٌ موصوفٌ فِي الذِّمَّةِ أَوْ عَيْنٌ، وَقِيدٌ بِالْقَدْرِ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ فِي جَنْسِهِ كَالْعَبْدِ وَالْجَارِيَةِ، أَوْ صِفَتِهِ مِنْ الْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ، أَوْ نَوْعِهِ كَالْتُرْكِيِّ وَالرُّومِيِّ فَإِنْ كَانَ الْمُسَمَّى عَيْنًا فَالْقَوْلُ لِلزَّوْجِ، وَإِنْ كَانَ دَيْنًا فَهُوَ كَالِاخْتِلَافِ فِي الْأَصْلِ، وَتَمَامُهُ فِي "البحر" (١).

(قوله: وَتَمَامُهُ فِي "البحر") قَالَ فِيهِ: ((قِيدٌ بِالْقَدْرِ لِأَنَّهُ لَوْ اِخْتَلَفَا فِي جَنْسِ الْمَهْرِ، أَوْ نَوْعِهِ، أَوْ صِفَتِهِ فَإِنَّهُ لَا يَخْلُو: إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُسَمَّى دَيْنًا، أَوْ عَيْنًا، فَإِنْ كَانَ دَيْنًا فَإِنَّ فِي الْجِنْسِ، كَمَا إِذَا قَالَ: إِذَا تَزَوَّجْتُكِ عَلَى عَبْدٍ، فَقَالَتْ: عَلَى جَارِيَةٍ. أَوْ عَلَى كُرٍّ شَعِيرٍ، فَقَالَتْ: عَلَى كُرٍّ جَنْطَقَةٍ. أَوْ عَلَى ثِيَابٍ هَرَوِيَّةٍ، أَوْ قَالَ: عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ، وَقَالَتْ: عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ. أَوْ كَانَ فِي النَّوعِ، كَالْتُرْكِيِّ مَعَ الرُّومِيِّ، وَالذَّنَانِيرِ الْمِصْرِيَّةِ مَعَ السُّورِيَّةِ، أَوْ فِي الصِّفَةِ مِنَ الْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ فَإِنَّ الْاِخْتِلَافَ فِيهِ كَالِاخْتِلَافِ فِي الْعَيْنِ إِلَّا الدَّرَاهِمَ وَالذَّنَانِيرَ فَإِنَّ الْاِخْتِلَافَ فِيهَا كَالِاخْتِلَافِ فِي الْأَلْفِ وَالْأَفْنَيْنِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْجِنْسَيْنِ وَالنَّوْعَيْنِ وَالْمَوْصُوفَيْنِ لَا يُمْلِكُ إِلَّا بِالْتَّرَاضِي، بِخِلَافِ الدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ فَإِنَّهُمَا وَإِنْ كَانَا جِنْسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ لَكُنْهُمَا فِي بَابِ مَهْرِ الْمِثْلِ جَعِلَا كَجِنْسٍ وَاحِدٍ، وَإِنْ كَانَ الْمُسَمَّى عَيْنًا؛ بَأَنَّ قَالَ: تَزَوَّجْتُكِ عَلَى هَذَا الْعَبْدِ، وَقَالَتْ: عَلَى هَذِهِ الْجَارِيَةِ فَهُوَ مِثْلُ الْاِخْتِلَافِ فِي الْأَلْفِ وَالْأَفْنَيْنِ إِلَّا فِي فَضْلِ وَاحِدٍ وَهُوَ: مَا إِذَا كَانَ مَهْرٌ مِثْلُهَا مِثْلُ قِيَمَةِ الْجَارِيَةِ أَوْ أَكْثَرَ فَلَهَا قِيَمَةُ الْجَارِيَةِ لَا عَيْنُهَا؛ لِأَنَّ تَمْلِيكَ الْجَارِيَةِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالْتَّرَاضِي، وَلَمْ يَتَّفَقَا عَلَى تَمْلِكِهَا فَلَمْ يُوْجَدْ الرِّضَا مِنْ صَاحِبِ الْجَارِيَةِ بِتَمْلِكِهَا فَتَعَدَّ التَّسْلِيمُ يَقْضِي بِقِيَمَتِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا اِخْتَلَفَا فِي الدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ فَإِنَّهُ نَظِيرُ الْاِخْتِلَافِ فِي الْأَلْفِ وَالْأَفْنَيْنِ عَلَى مَعْنَى أَنَّ مَهْرَ مِثْلُهَا إِنْ كَانَ مِثْلُ مِائَةِ دِينَارٍ أَوْ أَكْثَرَ فَلَهَا الْمِائَةُ دِينَارٍ، كَذَا فِي "البدائع". وَذَكَرَ فِي "الْحَيْطُ" فِي الْاِخْتِلَافِ فِي الْجِنْسِ أَوْ النَّوعِ أَوْ الصِّفَةِ: ((إِنْ كَانَ الْمُسَمَّى عَيْنًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ، وَإِنْ كَانَ دَيْنًا فَهُوَ كَالِاخْتِلَافِ فِي الْأَصْلِ)) اهـ. يَعْنِي: يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَلَا يَخْفَى مَا فِيهِ مِنَ الْمُخَالَفَةِ؛ لِمَا فِي "البدائع": ((وَنَصُّ "الْحَيْطِ الْبَرْهَانِي": لَوْ ادَّعَى أَنَّ الْمَهْرَ هَذَا الْعَبْدَ، وَادَّعَتْ هَذِهِ الْجَارِيَةُ فَالْكَلَامُ فِيهِ كَالْكَلَامِ فِي الْأَلْفِ وَالْأَفْنَيْنِ إِلَّا فِي فَضْلِ وَاحِدٍ؛ أَنَّهُ إِذَا كَانَ قِيَمَةُ الْجَارِيَةِ مِثْلَ مَهْرِهَا أَوْ أَكْثَرَ فَلَهَا قِيَمَةُ الْجَارِيَةِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا قَالَ: تَزَوَّجْتُكِ عَلَى عَبْدِي هَذَا الْأَسْوَدِ وَقِيَمَتُهُ أَلْفٌ، وَقَالَتْ: عَلَى هَذَا الْأَبْيَضِ

حال قيام النكاح فالقول لِمَنْ شَهِدَ له مهرُ المثلِ (وأيُّ أقامَ بَيِّنَةٌ قُبِلَتْ) سواءَ (شَهِدَ مهرُ المثلِ له أو لها، أو لا ولا، وإن أقاما البَيِّنَةَ فبَيِّنَتُهَا) مُقَدِّمَةٌ (إن شَهِدَ مهرُ المثلِ له،).

[١٢٢٢٤] (قوله: حال قيام النكاح) أي: قبل الدُّخُولِ أو بعده، وكذا بعد الطَّلَاقِ والدُّخُولِ، "رحمته". أمَّا بعد الطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ فيأتي^(١).

[١٢٢٢٥] (قوله: فالقول لِمَنْ شَهِدَ له مهرُ المثلِ) أي: فيكونُ القولُ لها إن كان مهرُ مثلها كما قالت أو أكثر، وله إن كان كما قال أو أقل، وإن كان بينهما - أي: أكثر مما قال وأقل مما قالت - ولا بَيِّنَةٌ تحالفاً ولَزِمَ مهرُ المثل، كذا في "الملتقى" و"شرح" و"هذا على تحريج الرَّايزي".

وقيمته أُلْفَان، ولو اختلفا في طعام بعينه فقال: عليَّ أنه كُرٌّ، وقالت: عليَّ أنه كُرَّان فهو مُثْلُ الاختلاف في الألف والألفين، والأصلُ أنهما اتَّفَقا على تسمية شيء بعينه واختلفا في مقداره فإن كان لا يَضُرُّهُ التَّبَعِضُ بِحُكْمِ مهرِ المثل، وإن يَضُرُّهُ، كالثوبِ المُعَيَّن، إذا اختلفا في اشتراط أنه عشرة أذرع أو تسعة فالقول للزَّوْج، ولا تحالفاً، وكما إذا تزوجها على إبريق فضةٍ بعينه ثم اختلفا في وزنه، وكما إذا اختلفا في الصِّفَةِ في مُسَمًّى بعينه، كهذا الكُرِّ، فقال: عليَّ أنه رديءٌ، وقالت: عليَّ أنه جيّدٌ، وكما لو اختلفا في اشتراط البَكَارَةِ، وأنَّ المهرَ دَيْنٌ واختلفا في صِفَتِهِ أو جِنْسِهِ أو نَوْعِهِ فإنَّهُ يُحْكَمُ بِمهرِ المثل، ويتحالفاً؛ لأنَّ الدَّيْنَ إنَّما يُعرَفُ بالصِّفَةِ، والأوصافُ مُختلفةٌ فكان الاختلافُ في الوصفِ اختلافًا في أصلِ التَّسمية، وإن اختلفا فيما لا يَضُرُّهُ في المقدارِ والصِّفَةِ ففسي المقدارِ يُحْكَمُ بِمهرِ المثل، وفي الصِّفَةِ القولُ للزَّوْج اعتباراً لحالة الاجتماع بحالة الانفراد)) اهـ. فانت تَرَى أَنَّهُ في "المهيط" اعتبَرَ في اختلافيهما في جِنْسِ المهرِ الدَّيْنِ، أو نَوْعِهِ، أو صِفَتِهِ أَنَّهُ يُحْكَمُ بِمهرِ المثل مع التحالف، ولعلَّه: بأنَّ الدَّيْنَ إنَّما يُعرَفُ بالصِّفَةِ إلخ، ولم يجعل أنَّ حُكْمَ ذلك كالاختلاف في أصلِ التَّسمية المُتَقَدِّم في "المتن" بل جعله اختلافًا في التَّسمية. معنى: أنَّ كلاً ادَّعى تسمية شيءٍ غيرَ ما ادَّعاه الآخرُ بسبب اختلافِ الجِنْسِ أو النُّوعِ أو الصِّفَةِ، وأنَّ الَّذِي يكونُ القولُ فيه للزَّوْج: فيما إذا تزوجها على شيءٍ بعينه واختلفا في صِفَتِهِ أو رَزَنِهِ على الوجه الَّذي ذَكَرَهُ فلا مُحالَفةَ بين ما في "البائع" و"المهيط"، كما قال في "البحر"، وتَبَعَهُ في "النهر".

(١) "در" ص ٤٩٨ -.

(٢) "ملتنقى الأبحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥١/١.

وحاصله: أنَّ التَّحَالَفَ فيما إذا خَالَفَ قولهما، أمَّا إذا وافَقَ قولَ أحدهما فالقولُ له، وهو المذكورُ في "الجامع الصَّغير" ^(١)، وعلى تخريج "الكرخي" يتحالفان في الصُّورِ الثلاثِ، ثُمَّ يَحْكُمُ مهرُ المثل، وصَحَّحَهُ في "المبسوط" ^(٢) و"المحيط"، وبه جَزَمَ في "الكنز" في باب التَّحَالَفِ ^(٣)، قال في "البحر" ^(٤): ((وَلَمْ أَرْ مَنْ رَجَّحَ الْأَوَّلَ))، وتعقَّبَهُ في "النَّهر" ^(٥): ((بِأَنَّ تَقْدِيمَ "الرَّيْلَعِي" ^(٦) وَغَيْرِهِ لَهُ تَبَعًا لـ "الْهُدَايَةِ" ^(٧) يُؤْذِنُ بِتَرْجِيحِهِ، وَصَحَّحَهُ فِي "النَّهْيَةِ"، وَقَالَ "قَاضِي خَانَ": إِنَّهُ الْأَوَّلَى، وَلَمْ يَذْكُرْ فِي "شرح الجامع الصَّغير" ^(٨) غَيْرَهُ، وَالْأَوَّلَى الْبِدْءَةُ بِتَحْلِيلِ الزَّوْجِ، وَقِيلَ: يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا)) اهـ.

قلت: بقي ما إذا لم يُعْلَمَ مهرُ المثل كيف يُفْعَلُ؟ والظاهرُ أنه يكونُ القولُ للزَّوْجِ؛ لأنَّه مُنْكَرٌ

(قوله: بَقِيَ ما إذا لم يُعْلَمَ مهرُ المثل إلخ) في "فتاوى قاضِيخان" من فصل: فيما يَتعلَّقُ بالنِّكاحِ من المهر والولد من كتاب الدعوى: ((امْرَأَةٌ ادَّعَتْ مَهْرَهَا عَلَى وَاثِرٍ زَوْجِهَا أَكْثَرَ مِنْ مَهْرٍ يُمْلِئُهَا، إِنْ كَانَ الْوَارِثُ مُقَرَّرًا بِالنِّكَاحِ يَقُولُ لَهُ الْقَاضِي: أَكَانَ مَهْرُهَا كَذَا يَذْكُرُ مَهْرًا أَكْثَرَ مِنْ مَهْرٍ يُمْلِئُهَا، فَإِنْ قَالَ الْوَارِثُ: لَا، يَقُولُ لَهُ الْقَاضِي: أَكَانَ كَذَا يَذْكُرُ مَهْرًا دُونَ الْأَوَّلِ لَكِنَّهُ أَكْثَرَ مِنْ مَهْرٍ يُمْلِئُ، إِنْ قَالَ: لَا، يَقُولُ لَهُ الْقَاضِي: أَكَانَ كَذَا إِلَى أَنْ يَأْتِيَ الْقَاضِي عَلَى مِقْدَارِ مَهْرٍ يُمْلِئُ، فَبَعْدَ ذَلِكَ إِذَا قَالَ الْوَارِثُ: لَا، أَلَزَمَهُ الْقَاضِي مِقْدَارَ مَهْرٍ يُمْلِئُ، وَيُحْلِفُهُ عَلَى الزِّيَادَةِ، وَنَظِيرُهُ: إِذَا أَقْرَأَ رَجُلٌ لِرَجُلٍ مَالًا غَيْرَ مُقَدَّرٍ مِنَ الدَّرَاهِمِ فَإِنَّ الْقَاضِي يَفْعَلُ هَكَذَا إِلَى أَنْ يَأْتِيَ الْقَاضِي

(١) "الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب المهور ص ١٧٩-١٨٠.

(٢) "المبسوط": كتاب النكاح - باب المهور ٦٦/٥.

(٣) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب الدعوى ١٤١/٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٣/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٧/١ بتصرف، ومسألة الترفع بينهما - أي: بين الزوجين في التحالف - نقلها في "النهر" عن "غاية البيان".

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٥٧/٢.

(٧) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ٢١٢/١-٢١٣.

(٨) انظر "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب المهور ١/١ ق ٩٤/ب.

وَبَيَّنَتْهُ مُقَدِّمَةٌ (إِنْ شَهِدَ) مَهْرُ الْمَثَلِ (لَهَا) لِأَنَّ الْبَيِّنَاتِ لِإثْبَاتِ خِلَافِ الظَّاهِرِ (وَأِنْ كَانَ) مَهْرُ الْمَثَلِ (بَيْنَهُمَا).....

للزيادة كما تقدّم^(١) فيما إذا لم يوجد من يمثّلها، تأمل.

[١٢٢٢٦] (قوله: وَبَيَّنَتْهُ مُقَدِّمَةٌ لِح) هذا ما قاله بعض المشايخ، وجرّم به في "الملتقى"^(٢)، وكذا "الزّليعي"^(٣) هنا وفي باب التحالف^(٤)، وقال بعضهم: تقدّم بيّنتها أيضاً؛ لأنها أظهرت شيئاً لم يكن ظاهراً بتصادقهما^(٥) كما في "البحر"^(٦).

[١٢٢٢٧] (قوله: لِإثْبَاتِ خِلَافِ الظَّاهِرِ أَيْ: وَالظَّاهِرُ مَعَ مَنْ شَهِدَ [١١٧/٣] لَهُ مَهْرُ الْمَثَلِ، ط"^(٧)).

[١٢٢٢٨] (قوله: وَإِنْ كَانَ لِح) هذا بيان لثالث الأقسام في قوله: ((فَالْقَوْلُ لِمَنْ شَهِدَ لَهُ

على درهمٍ فَبَعْدَ ذَلِكَ يُلْزِمُهُ دَرَاهِمًا، وَيُخَلِّفُهُ عَلَى الزَّيَادَةِ بِدَعْوَى الْمُدَّعِي، هَذَا إِذَا كَانَ الْقَاضِي يَعْرِفُ مِقْدَارَ مَهْرٍ مِثْلَهَا، فَإِنْ كَانَ لَا يَعْرِفُ مِقْدَارَ مَهْرٍ مِثْلَهَا يَأْمُرُ أَمْنَاءَهُ بِالسُّؤَالِ عَمَّنْ يَعْلَمُ، أَوْ يُكَلِّفُهَا إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَى مَا تَدَّعَى)) اهـ. ومن هذه العبارة يُعْلَمُ حُكْمُ مَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ مَهْرُ الْمَثَلِ، تأمل. وفي الفصل الحادي عشر من "الولولجية": ((رَجُلٌ ادَّعَى مَهْرَ أُمِّهِ فِي تَرَكَهَ أَبِيهِ، إِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ يَبُتُّ مَا ادَّعَى، وَإِنْ عَجَزَ عَنِ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ يَقْضَى الْقَاضِي بِمَهْرِ الْمَثَلِ، وَهَذَا قَوْلُهُمَا، أَمَّا عَلَى قَوْلِ "أَبِي حَنِيفَةَ": يَسْقُطُ الْمَهْرُ إِذَا مَاتَا، وَهِيَ مَسْأَلَةُ "الأصل") اهـ.

(١) المقولة [١٢١٦٩] قوله: ((فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ)).

(٢) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح - باب المهر ١/٢٥١.

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ٢/١٥٧.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب الدعوى - باب التحالف ٤/٣١١.

(٥) في "د" زيادة: ((وَبَقِيَ مَا إِذَا كَانَ بَيْنَهَا. قَالَ فِي "البحر" الصحيح أنهما يتهاثران [تهاترا: ادعى كلٌّ على صاحبه باطلاً. "القاموس": مادة (هت)]] لاستوائهما في الدعوى والإثبات. ثم يجب مهر المثل كله. فيتخير فيه الزوج بين دفع الدراهم والدنانير بخلاف التحالف، وتغامر فيه. والمصنف ترك هذه الصورة تبعاً لـ "الدّرر" و"الوقاية"، كما نبه عليه نوح أفندي)). ق ١/١٦٥.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٩٤.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٢/٦٥.

تَحَالَفًا، فَإِنْ حَلَفَا أَوْ بَرَهْنَا قُضِيَ بِهِ،.....

٣٦١/٢

مهرُ المثل))، وقوله: ((وإن أقاما البيّنة إلخ))، فإنه إذا لم يُقيما البيّنة أو أقاماها قد يشهدُ مهرُ المثل له أو لها أو يكونُ بينهما، فقدّم بيانَ القسمين الأوّلين في المسألتين، وهذا بيانُ الثالث، وقوله: ((فإن حَلَفَا)) راجعٌ إلى المسألة الأولى، وقوله: ((أو برهنّا)) راجعٌ إلى الثانية، لكن كان عليه حذفُ قوله: ((تَحَالَفًا))؛ لأنّه إذا برهنّا لا تَحَالَفَ.

[١٢٢٢٩] قوله: تَحَالَفًا) فإن نكَلَ الزَّوْجُ يُقْضَى بِالْفِ وَخَمْسِمِائَةٍ كَمَا لَوْ أَقْرَأَ بِذَلِكَ صَرِيحًا، وَإِنْ نَكَلَتِ الْمَرْأَةُ وَجَبَ الْمِسْمَى أَلْفٌ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَأَتْ بِالْحَطِّ، كَذَا فِي "العناية"^(١)، وَاِعْتَرَضَهُ فِي "السَّعْدِيَّة": ((بأنّه إذا نكَلَ يُقْضَى بِالْفَيْنِ عَلَى مَا عُرِفَ أَنَّ أَيَّهْمَا نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَى الْآخَرِ)) اهـ.

وصورةُ المسألة فيما إذا ادَّعَتِ الْأَلْفَيْنِ، وادَّعَى هُوَ أَلْفٌ، وَكَانَ مَهْرُ الْمَثَلِ أَلْفًا وَخَمْسِمِائَةٍ. [١٢٢٣٠] قوله: قُضِيَ بِهِ) أي: بمهرِ المثل، لكن إذا برهنّا يتخيّر الزَّوْجُ فِي مَهْرِ الْمَثَلِ بَيْنَ دَفْعِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ بِخِلَافِ التَّحَالُفِ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَنْفِي تَسْمِيَةَ الْآخَرِ، فَخِلَا الْعَقْدِ عَنِ التَّسْمِيَةِ، فَيَجِبُ مَهْرُ الْمَثَلِ، وَلَا كَذَلِكَ التَّحَالُفُ؛ لِأَنَّ وَجوبَ قَدْرِ مَا يُقَرُّ بِهِ الزَّوْجُ بِحُكْمِ الْأَتِّاقِ، وَالزَّائِدِ بِحُكْمِ مَهْرِ الْمَثَلِ، "بجر"^(٢)، وَغَامُهُ فِيهِ.

قوله: لكن كان عليه حذفُ قوله: تَحَالَفًا إلخ) فيه أن قوله: ((تَحَالَفًا)) راجعٌ إلى المسألة الأولى فقط؛ إذ المرادُ به أن يُطْلَبَ الْقَاضِي مِنْ كُلِّ مِنْهُمَا الْحَلْفَ عَلَى نَفْيِ دَعْوَى صَاحِبِهِ، وَذَكَرَهُ لِجُرْتَبٍ عَلَيْهِ قَوْلُهُ: ((فإن حَلَفَا))؛ إذ لَا يَتَأْتِي حَلْفُهُمَا إِلَّا بَعْدَ التَّحَالُفِ بِهَذَا الْمَعْنَى، وَقَوْلُهُ: ((أو برهنّا)) معطوفٌ عَلَى ((حَلَفَا)) لَا يَقْدِرُ كَوْنُهُ بَعْدَ التَّحَالُفِ حَتَّى لَا يَكُونَ كُلُّ مِنَ الْمُتَعَاطِفَيْنِ تَفْصِيلًا لِقَوْلِهِ: ((تَحَالَفًا)) فَيَقَالُ: إِنَّهُ إِذَا بَرَهْنَا لَا تَحَالَفَ، تَأَمَّلْ.

(١) "العناية": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٢/٣ (هامش "فتح القدير").

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٤/٣ معزياً إلى "الكرمانى".

وإن برهن أحدهما قبل برهانه) لأنه نورّ دعواه (وفي الطلاق قبل الوطء حكم متعة المثل)

[١٢٢٣١] (قوله: وإن برهن أحدهما إلخ) أي: فيما إذا كان مهر المثل بينهما، ويُعني عن هذا قوله قبله: ((وأي أقام بينة قبلت شهيد له مهر المثل أو لا))، فإنّ قوله: ((أو لا)) صادق بما إذا شهد لها أو كان بينهما.

[١٢٢٣٢] (قوله: لأنه نورّ دعواه) أي: لأنّ المهرين أظهر دعواه وأوضحها بإقامة برهانه، "ط" ^(١).

[١٢٢٣٣] (قوله: وفي الطلاق مقابل قوله: ((حال قيام النكاح))).

[١٢٢٣٤] (قوله: قبل الوطء) أي: أو الخلوة، "نهر" ^(٢).

[١٢٢٣٥] (قوله: حكم متعة المثل) فيكون القول لها إن كانت متعة المثل كنصف ما قالت أو أكثر، وله إن كانت المتعة كنصف ما قال أو أقل، وإن كانت بينهما تحالفا ولزمت المتعة، وعند أبي يوسف "القول له قبل الدخول وبعده؛ لأنه ينكر الزيادة، إلا أن يذكر ما لا يتعارف مهراً أو متعة لها، كذا في "الملتقى" و"شرحه" ^(٣)، وذكر في "البحر" ^(٤) أن في رواية "الأصل" و"الجامع الصغير" ^(٥): ((أنّ القول للزوج في نصف المهر من غير تحكيم للمتعة))، و((أنه صحّحه في "البدائع" ^(٦) و"شرح الطحاوي"، ورجّحه في "الفتح" ^(٧): [ب/١١٧/٣] بأنّ المتعة موجبة فيما إذا لم تكن تسمية، وهنا اتّفقا على التسمية، فقلنا بقاء ما اتّفقا عليه، وهو نصف ما أقر به الزوج، ويحلف على نصف دعواها الزائد ^(٨)) اهـ.

(١) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٥/٢.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٧/أ.

(٣) "الدر المنلق": كتاب النكاح - باب المهر - فصل في النكاح الفاسد ٣٦٠/١ (هامش "جمع الأنهر").

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٦/٣.

(٥) "الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب المهور ص ١٨٠.

(٦) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما حكم اختلاف الزوجين في المهر ٣٠٨/٢.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٢/٣.

(٨) عبارة "الفتح": ((...على نفي دعواها الزائد)).

لو المسمى ديناً، وإن عينا كمسألة العبد والجارية فلها المتعة بلا تحكيم، إلا أن يرضى الزوج بنصف الجارية (وأي أقام بينة قبلت، فإن أقاما فينتها) أولى (إن شهدت له) المتعة (ويثبت إن شهدت لها، وإن كانت) المتعة (بينهما).....

والحاصل ترجيح قول "أبي يوسف"، لكن نقضه في "الفتح" (١) بعد ذلك، وتأممه فيما علقناه على "البحر" (٢).

[١٢٢٣٦] (قوله: لو المسمى ديناً) هو ما يثبت في الدمة غير معين بل بالوصف كالنقود والمكيل والموزون والمذروع كما يعلم مما قدمناه (٣) عن "البحر".

[١٢٢٣٧] (قوله: وإن عينا) أي: معيناً.

[١٢٢٣٨] (قوله: كمسألة العبد والجارية) أي: المذكورة في "البحر" (٤) في الاختلاف في القدر قبل الطلاق بقوله: ((وإن كان المسمى عينا، بأن قال: تزوجتك على هذا العبد، وقالت المرأة: على هذه الجارية إلخ))، فالمسألة مفروضة في المعين المشار إليه لا في مطلق عبد وجارية، فافهم.

[١٢٢٣٩] (قوله: فلها المتعة إلخ) قال في "البحر" (٥): ((فلها المتعة من غير تحكيم، إلا أن يرضى الزوج أن تأخذ نصف الجارية، بخلاف ما إذا اختلفا في الألف والألفين، لأن نصف الألف ثابت بيقين؛ لاتفاقهما على تسمية الألف، والملك في نصف الجارية ليس بثابت بيقين؛ لأنهما لم يتفقا على تسمية أحدهما، فلا يمكن القضاء بنصف الجارية إلا باختيارهما،

(قوله: لا في مطلق عبد وجارية إلخ) لكن تعليل "البدائع" الآتي بقوله: ((لأن نصف الألف يُفقد أن المسألة في مطلق عبد وجارية، وعليه فالمرأى بالعين ما يتعين بالتعيين وإن لم يكن مُشاراً إليه.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٢/٣.

(٢) انظر "حاشية منحة الخالق على البحر الرائق": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٦/٣.

(٣) المقولة [١٢٢٢٣] (وإن اختلفا في قدره).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٦/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٦/٣.

تَحَالَفَا، وَإِنْ حَلَفَا^(١) وَجَبَ مُتَعَةُ الْمَثَلِ، وَمَوْتُ أَحَدِهِمَا كَحَيَاتِهِمَا فِي الْحَكْمِ أَصْلًا وَقَدْرًا؛ لَعَدِمَ سَقُوطُهُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا (وَبَعْدَ مَوْتِهِمَا فِي الْقَدْرِ الْقَوْلُ لَوَرِثَتَهُ، وَ) فِي الْاِخْتِلَافِ (فِي أَصْلِهِ) الْقَوْلُ لِمُنْكَرِ التَّسْمِيَةِ.....

فَإِذَا لَمْ يُوجَدْ سَقَطَ الْبَدَلَانِ، فَوَجَبَ الرُّجُوعُ إِلَى الْمُتَعَةِ، كَذَا فِي "الْبِدَائِعِ"^(٢).

[١٢٢٤٠] (قَوْلُهُ: تَحَالَفَا) وَتَهَاتَرَتِ الْبَيْتَانِ.

[١٢٢٤١] (قَوْلُهُ: وَإِنْ حَلَفَا) الْأَوَّلَى التَّفْرِيعُ بِالْفَاءِ.

[١٢٢٤٢] (قَوْلُهُ: أَصْلًا وَقَدْرًا) فَإِنْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ بَيْنَ الْحَيِّ وَوَرِثَةِ الْمَيِّتِ فِي الْأَصْلِ — بِأَنْ

ادَّعَى الْحَيُّ أَنَّ الْمَهْرَ مُسَمًّى وَوَرِثَتُهُ الْآخَرُ أَنَّهُ غَيْرُ مُسَمًّى أَوْ بِالْعَكْسِ — وَجَبَ مَهْرُ الْمَثَلِ، وَإِنْ كَانَ فِي الْمَقْدَارِ جُحْكُمُ مَهْرِ الْمَثَلِ، "ط"^(٣) عَنْ "أَبِي السَّعْدِ"^(٤).

[١٢٢٤٣] (قَوْلُهُ: لَعَدِمَ سَقُوطُهُ) أَي: مَهْرِ الْمَثَلِ، قَالَ فِي "الدَّرَرِ"^(٥): ((لَأَنَّ مَهْرَ الْمَثَلِ

لَا يَسْقُطُ اعْتِبَارُهُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا، أَلَا تَرَى أَنَّ لِلْمَقْضُوعَةِ مَهْرَ الْمَثَلِ إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا)).

[١٢٢٤٤] (قَوْلُهُ: الْقَوْلُ لَوَرِثَتَهُ) فَيَلْزِمُهُمْ مَا اعْتَرَفُوا بِهِ، "بِحَرْ"^(٦). وَلَا يُحْكَمُ بِمَهْرِ الْمَثَلِ؛ لِأَنَّ

اعْتِبَارَهُ يَسْقُطُ عِنْدَ "أَبِي حَنِيفَةَ" بَعْدَ مَوْتِهِمَا، "دَرَر"^(٧).

[١٢٢٤٥] (قَوْلُهُ: الْقَوْلُ لِمُنْكَرِ التَّسْمِيَةِ) هُمْ وَرِثَةُ الزَّوْجِ أَيْضًا كَمَا فِي "الْبَحْرِ"^(٨)، فَالْقَوْلُ

(قَوْلُهُ: هُمْ وَرِثَةُ الزَّوْجِ أَيْضًا لِمَنْ) فَإِذَا ادَّعَتْ وَرِثَتُهَا التَّسْمِيَةَ فَقَدْ ادَّعَتْ الدِّينَ فِي ذِمَّةِ الْمَيِّتِ، وَهُمْ يُنْكَرُونَ،

(١) فِي "ط": ((حَلَفَا)).

(٢) "الْبِدَائِعِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْل: وَأَمَّا حُكْمُ اِخْتِلَافِ الزَّوْجَيْنِ فِي الْمَهْرِ ٣٠٨/٢.

(٣) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٦٥/٢.

(٤) "فَتْحُ الْمَعِينِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٦٩/٢.

(٥) "الدَّرَرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٣٤٨/١.

(٦) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٩٧/٣.

(٧) "الدَّرَرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٣٤٨/١.

(٨) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ١٩٧/٣.

(لم يُقَضَّ بشيءٍ) ما لم يُبرهنَ على التَّسمية (وقالوا: يُقضى بمهر المثل) كحال حياة (وبه يُفتَى)،.....

لهم في المسألتين، ولذا قال في "الكنز"^(١): ((ولو مانا ولو في القدر فالقول لورثتي))، فـ((لو)) وصليته كما أفاده في "النهر"^(٢) و"العيني"^(٣)، فتفيد أنَّ الاختلاف في التسمية كذلك.

[١٢٢٤٦] (قوله: لم يُقَضَّ بشيءٍ) الأولى: ولم يُقَضَّ [١١٨٣/٣] بالعطف، أي: لأنَّ موتَهما يدلُّ على انقراضِ أقرانهما، فلا يمكن للفاضي أن يُقدَّرَ مهر المثل كما في "الهداية"^(٤)؛ لأنَّ مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات، فإذا تقدَّم العهدُ يتعلَّزَّ الوقوفُ على مقداره، "فتح"^(٥). وهذا يدلُّ على أنَّه لو كان العهدُ قريباً قُضِيَ به، "بحر"^(٦).

قلت: وبه صرَّح "فاضي خان" في "شرح الجامع"^(٧).

[١٢٢٤٧] (قوله: ما لم يُبرهنَ) بالبناء للمجهول، أي: ما لم يُبرهنَ ورثة الزوجة.

[١٢٢٤٨] (قوله: وبه يُفتَى) ذكره في "الحائبة"^(٨)، وتبعه في متن "الملتقى"^(٩)، وبه قالت

ولا يتأتى إنكار التسمية من ورثتها؛ لأنَّه يكون اعترافاً منهم بسقوط حقهم، وورثة الزوج بإنكار التسمية يُنكرون الذين لعدم لزوم مهر المثل بعد موتَهما، والقول للمُنكر)) اهـ "سيندي".

(قوله: وهذا يدلُّ على أنَّه لو كان العهدُ قريباً قُضِيَ به إلخ) عليه وعلى ما يأتي له من تنظير "البرازية" لا يبقى خلافٌ بينه وبينهما، مع أنَّه مذكورٌ في سائر الكتب.

(١) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - باب المهر ١/١٥٨.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٧/ب.

(٣) "رمز الحقائق": كتاب النكاح - باب المهر ١/١٥٨.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - باب المهر ١/٢١٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٣/٢٥٥.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٩٧.

(٧) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب المهور ١/ق ٩٥/ب.

(٨) "الحائبة": كتاب النكاح - فصل في اختلاف الزوجين في المهر ومتاع البيت ١/٣٩٩ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٩) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح - باب المهر ١/٢٥١.

وهذا) كله (إذا لم تُسلم نفسها، فإن سَلِمَتْ وَوَقَعَ الاختلافُ في الحالين) الحياة وبعدها (لا يُحكَمُ. مهر المثل) لأنها لا تُسلمه نفسها إلا بعد تعجيل شيء عادةً (بل يقال لها: لا بدَّ أن تُقرِّي بما تَعَجَّلْتِ، وإلا قضينا عليك بالمعارف) تعجيله (ثم يُعملُ في الباقي كما ذكرنا).....

الأئمة الثلاثة، لكنَّ "الشافعي" يقول: بعد التحالف، وعندنا وعند "مالك" لا يجب التحالف، "فتح" (١). وانظر إذا تقدّم العهدُ كيف يُقضى. مهر المثل؟! وقد يقال: يجري فيه ما تقدّم (٢) من أنه إذا لم يوجد من يمثّلها من قوم أبيها ولا من الأجانب فالقول للزوج، لكن مرَّ أن القول له يمينه، تأمل. ثم رأيت في "البرازية" (٣) معترضاً على قول "الكرخي": ((إنَّ جواب "الإمام" يتضح في تقدّم العهد)) بقوله: ((وفيه نظر؛ لأنه إذا تعدّر اعتبار مهر المثل لا يكون الظاهر شاهداً لأحد، فيكون القول لورثة الزوج؛ لكونهم مدعى عليهم كما في سائر الدعاوى)).

[١٢٢٤٩] (قوله: وهذا كله إلخ) نقله في "البحر" (٤) عن "المحيط" وقال (٥): ((وأقره عليه

٣٦٢/٢

(قوله: ثم رأيت في "البرازية" معترضاً على قول "الكرخي" إلخ) نذكرُ عبارتها حتى يتضح الحال: ((تقدّم العهد وتعدّر على القاضي الوقوف على مهر المثل لا يقضى. مهر المثل، وإلا قضى به عند الإمام، قال "الكرخي": لا يتضح للإمام في مسألة اختلاف ورثة الزوجين طريقة إلا أن يكون العهد متقادماً؛ لاختلاف مهر المثل باختلاف الأزمنة، وفيه نظر؛ لأنه إذا تعدّر اعتبار مهر المثل لا يكون الظاهر شاهداً لأحد فيكون القول لورثة الزوج لكونهم مدعى عليهم كما في سائر الدعاوى، والأصح أن الخلاف فيما إذا تزوج ولم يسم مهراً ثم ماتا لم يقض بشيء، لكن الفتوى على قولهما)) اهـ.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٣/٢٥٤.

(٢) المقولة [١٢١٦٩] قوله: ((فإن لم يوجد)).

(٣) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر ٤/١٣٨-١٣٩ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/١٩٧.

(٥) ((وقال)) ساقطة من "الأصل".

الشَّارِحُونَ)) اهـ. وكذا ذكره "قاضي خان" في "شرح الجامع"^(١) وأقره.

قلت: وحاصل ذلك أنَّ المرأة إذا ماتَ زوجها وقد دخلَ بها، فجاءتْ تَطْلُبُ مهرَها هي أو ورثتها بعد موتها، وقد حَرَتِ العادةُ أنها لا تُسَلِّمُ نفسها إلا بعدَ قَبْضِ شيءٍ من المهرِ كمائةِ درهمٍ مثلاً لا يُحَكِّمُ لها بجميع مهر المثل عند عدم التسمية، بل يُنظَرُ: فإنْ أَقَرَّتْ بما تَعَجَّلَتْ مِنَ الْمُتَعَارَفِ، وإلا قُضِيَ عليها به، ثُمَّ يَعْمَلُ في الباقي كما ذكرنا، أي: إنْ حَصَلَ اتِّفَاقٌ عَلَى قَدْرِ الْمُسَمَّى يُدْفَعُ لها الباقي منه، وإلا فإنْ أَنْكَرَ وَرَثَةُ الزَّوْجِ أَصَلَ التَّسْمِيَةَ فَلَهَا بَقِيَّةُ مَهْرِ الْمَثَلِ، وإنْ أَنْكَرُوا الْقَدْرَ فالقولُ لِمَنْ شَهِدَ له مهر المثل، وبعد موتها^(٢) القولُ في قَدْرِهِ لَوَرَثَةِ الزَّوْجِ، هذا هو المفهوم من هذه العبارة، وفَسَّرْنَا الْمُتَعَارَفَ تعجيله بمائة مثلاً لِيَتَأْتِيَ قَوْلُهُ: ((قَضَيْنَا عَلَيْكَ بِالْمُتَعَارَفِ)) وقَوْلُهُ: ((ثُمَّ يَعْمَلُ في الباقي كما ذكرنا))؛ لأنَّه لو كان الْمُتَعَارَفُ حِصَّةً شائعةً ككُلُّثِي [١١٨ق/٣] المهر - كما هو المتعارف في زماننا - لا يُمْكِنُ أَنْ يُقْضَى عليها به إلا إذا كان المهرُ مُسَمًّى معلومَ الْقَدْرِ، وإذا كان كذلك لا يَتَأْتِي فِيهِ التَّفْصِيلُ الْمَارُ^(٣)، ولكنْ يَعْلَمُ مِنْهُ أَنَّ الْحَكْمَ كَذَلِكَ، فَيُقْضَى عليها بالثلثين مثلاً وَيُدْفَعُ لها الباقي، وفي "المنح"^(٤) عن "الخانية"^(٥): ((رَجُلٌ مَاتَ وَتَرَكَ أَوْلَاداً صِغَاراً، فَادَّعَى رَجُلٌ دَيْنًا عَلَى الْمَيِّتِ أَوْ وَدِيعَةً، وَادَّعَتِ الْمَرْأَةُ مَهْرَهَا قَالَ "أَبُو الْقَاسِمِ": لَيْسَ لِلْوَصِيِّ

(قَوْلُهُ: وفَسَّرْنَا الْمُتَعَارَفَ تعجيله بمائة مثلاً لِيَتَأْتِيَ قَوْلُهُ: قَضَيْنَا عَلَيْكَ إلخ) فيما قاله تأمل، بل الظاهر من عباراتهم أنه لا فرق في المتعارف تعجيله بين أن يكون حصة شائعة، أو قدراً مخصصاً، كمائة فإنه يُقْضَى عليه بتعجيله وَيُدْفَعُ لها الباقي.

(١) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب المهور ١/ق ٩٥/ب.

(٢) في "الأصل": ((موتهما))، وهو خطأ.

(٣) في المقالة نفسها.

(٤) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام المهر ١/ق ١٢٧/ب - ١/١٢٨/أ.

(٥) "الخانية": كتاب الوصايا - فصل في تصرفات الوصي في مال اليتيم وتصرف الوالد في مال ولده الصغير ٣/٥٣٤ بتصرف.

(هامش "الفتاوى الهندية").

أَنْ يُؤَدِّيَ شَيْئاً مِنَ الدِّينِ وَالْوَدِيعَةِ مَا لَمْ يَثْبُتْ بِالْبَيِّنَةِ، وَأَمَّا الْمَهْرُ فَإِنْ ادَّعَتْ قَدَرَهُ مَهْرٍ مِثْلَهَا دَفَعَهُ إِلَيْهَا إِذَا كَانَ النِّكَاحُ ظَاهِراً مَعْرُوفاً، وَيَكُونُ النِّكَاحُ شَاهِداً لَهَا، قَالَ الْفَقِيهُ "أَبُو اللَّيْثُ": إِنْ كَانَ الزَّوْجُ بَنَى بِهَا فَإِنَّهُ يَمْنَعُ مِنْهَا مَقْدَارَ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِتَعَجُّلِهِ، وَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَرْأَةِ فِيمَا زَادَ عَلَى الْمَعْجَلِ إِلَى تَمَامِ مَهْرِ مِثْلَهَا)) اهـ.

هذا، ونَقَلَ "الرَّحْمِيُّ" عَنْ "قَاضِي خَانَ"^(١): ((أَنَّهُ قَالَ: إِنَّ فِي هَذَا نَوْعَ نَظَرٍ؛ لِأَنَّ كُلَّ الْمَهْرِ كَانَ وَاجِباً بِالنِّكَاحِ، فَلَا يَقْضَى بِسُقُوطِ شَيْءٍ مِنْهُ بِحُكْمِ الظَّاهِرِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً لِإِبْطَالِ مَا كَانَ ثَابِتاً)) اهـ، ثُمَّ أَطَالَ فِي تَأْيِيدِ كَلَامِ "القَاضِي"، وَرَدَّ عَلَى "الرَّمْلِيِّ" فِي اعْتِرَاضِهِ عَلَى "القَاضِي": ((بِأَنَّ النَّظَرَ مَدْفُوعٌ بِغَلِيَةِ فَسَادِ النَّاسِ)) فَقَالَ: ((إِنَّ الْفَسَادَ لَا يَسْقُطُ بِهِ حَقٌّ ثَابِتٌ بِبَلَاءٍ دَلِيلٍ، وَالْمَهْرُ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ الزَّوْجِ، وَقَضَاءُ بَعْضِهِ إِبْثَاتُ دَيْنٍ فِي ذِمَّتِهَا بِقَدَرِهِ، وَذَلِكَ لَا يَكُونُ بِظَاهِرِ الْحَالِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ يَصْلُحُ لِلدَّفْعِ لَا لِلإِثْبَاتِ)).

قُلْتُ: وَذَكَرَ فِي "الْبِرَازِيَّةِ"^(٢) قَرِيباً مِمَّا قَالَهُ "القَاضِي"، لَكِنْ مَا قَالَهُ "الْفَقِيهُ" مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْعُرْفَ الشَّائِعَ مُكْذَّبٌ لَهَا فِي دَعْوَاهَا عَدَمَ قَبْضِ شَيْءٍ، وَحَيْثُ أَقَرَّ الشَّارِحُونَ وَكَذَا "قَاضِي خَانَ"

(قَوْلُهُ: لَكِنْ مَا قَالَهُ الْفَقِيهُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْعُرْفَ إلخ) فِيهِ أَنَّ الْفَقِيهَ عَلَى مَا نَقَلَهُ عَنْهُ فِي "الْبِرَازِيَّةِ" مِنَ الْمَهْرِ، وَنَقَلَهُ عَنْهَا "الْحَمَوِيُّ" عَلَى "الْأَشْبَاهِ" مِنَ الْوَصَايَا يَقُولُ: ((إِنَّهَا إِذَا صَرَّحَتْ بِعَدَمِ قَبْضِ شَيْءٍ فَالْقَوْلُ لَهَا؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ مُحْكَمٌ فِي الْوُجُوبِ، وَالْمَوْتَ وَالذُّخُولَ مُحْكَمَانِ فِي التَّقَرُّرِ، وَالْبِنَاءُ بِهَا غَيْرُ مُحْكَمٍ فِي الْقَبْضِ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ قَدْ يَتَحَلَّفُ عَنْهُ فَرُجَّحَ الْمُحْكَمُ بِاعْتِضَادِ الْإِنْكَارِ، انْتَهَى)). وَحِينَئِذٍ لَا يَتِمُّ هَذَا الْاسْتِدْرَاكُ، ثُمَّ رَأَيْتُ رِسَالَةً لُفْتِي دِمَشْقَ تَقْدِيقُ سَمَاعَ الدَّعْوَى بِكُلِّ الْمَهْرِ بَعْدَ الدُّخُولِ سَمَائِهَا: "تَصْحِيحُ الْقَوْلِ فِي سَمَاعِ دَعْوَى الْمَرْأَةِ بِكُلِّ الْمَعْجَلِ بَعْدَ الدُّخُولِ"، وَتُؤَافِقُهُ مَا نَقَلَهُ "السَّنْدِيُّ" عَنْ "الرَّحْمِيِّ"، فَتَأَثَّلْتُ.

(١) "الحانية": كتاب الوصايا - فصل: في تصرفات الوصي في مال اليتيم وتصرف الوالد في مال ولده الصغير ٣/٥٣٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر ٤/١٣٨ (هامش "الفتاوى الهندية").

وهذا إذا ادَّعى الزَّوْجُ إيصالَ شيءٍ إليها، "بحر".

(ولو بعثَ إلى امرأته شيئاً، ولم يذكُرْ جهةً عند الدَّفْعِ غيرَ جهةِ (المهر) كقولهِ لِسَمْعٍ أو حِنَاءٍ، ثُمَّ قال: إِنَّهُ من المهرِ لم يُقْبَلْ، "قنية"^(١)؛ لوقوعِهِ هَدِيَّةً، فلا يَنْقَلِبُ مهرًا (فقالت: هو) أي: المبعوثُ (هديةً، وقال: هو من المهرِ) أو من الكسوةِ أو عاريةً (فالقولُ له) بيمينِهِ، والبيِّنةُ لها، فإنْ حَلَفَ والمبعوثُ قائمٌ.....

في "شرح الجامع" فُيْتِيَ به، وهو نظيرُ إعمالِهِم العُرفَ وتكذيبُ الأُبِّ أَنَّ الجَهَّازَ عاريةً على ما يأتي بيانهُ^(٢) مع أَنَّهُ هو المملُكُ، فلولا العُرفُ لكان القولُ قولَهُ، والله أعلم.

[١٢٢٥٠] (قوله: وهذا إذا ادَّعى الزَّوْجُ إلخ) هذا من عندِ صاحبِ "البحر"^(٣)، والمرادُ الزَّوْجُ لو كان حيًّا أو ورثته كما هو ظاهرٌ، فلا يَرُدُّ ما في "الشَّرْنبَلَالِيَّة"^(٤): ((من أَنَّ هذا لا يَتَأْتِي في حالِ موتِهما)).

مطلبٌ فيما يُرْسَلُهُ إلى الزَّوْجَةِ

[١٢٢٥١] (قوله: ولو بعثَ إلى امرأته شيئاً) أي: من التَّقْدِينِ أو العُرُوضِ أو مما يُوكَلُ قَبْلَ الرِّفَافِ أو بعدما بَنَى بها، "نهر"^(٥).

[١٢٢٥٢] (قوله: ولم يذكُرْ إلخ) المرادُ [١/١١٩ق/٣] أَنَّهُ لم يذكُرْ المهرَ ولا غيره، "ط"^(٦).

[١٢٢٥٣] (قوله: كقولهِ إلخ) تمثيلٌ للمنفى وهو ((يذكُرُ)).

[١٢٢٥٤] (قوله: والبيِّنةُ لها) أي: إذا أقامَ^(٧) كُلُّ منهما بيِّنةً تُقَدِّمُ بَيْنَهُما، "ط"^(٨).

(١) "القنية": كتاب النكاح - باب في المصاهرات والرجوع فيها ق ٣٨/ب تصرف.

(٢) المَقُولَةُ [١٢٢٨٥] قوله: ((فالقولُ للأُبِّ)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٧/٣.

(٤) "الشَّرْنبَلَالِيَّة": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٨/١ (هامش "الدور والغرر").

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٧/ب.

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٦/٢.

(٧) في "ب": ((قام))، وهو خطأ.

(٨) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٦/٢.

فلها أن تردّه وترجع بباقي المهر، ذكره "ابن الكمال"،

[١٢٢٥٥] (قوله: فلها أن تردّه) لأنها لم ترَضَ بكونه مهرًا، "بحر" (١).

[١٢٢٥٦] (قوله: وترجع بباقي المهر أو كله) إن لم يكن دفع لها شيئاً منه، قال في "النهر" (٢):

((وإن هلك وقد بقي لأحليهما شيء رجعه)) اهـ.

أمّا لو كانت قيمة الهالك قدر المهر فلا رجوع لأحلي، وفي "البرازية" (٣): ((اتخذ لها ثياباً وليستها حتى تحرقت، ثم قال: هو من المهر، وقالت: هو من النفقة - أعني: الكسوة الواجبة عليه - فالقول لها، ولو الثوب قائماً فالقول له؛ لأنه أعرف بجهة التملك بخلاف الهالك؛ لأنه يدعي سقوط بعض المهر والمرأة تنكره، وبالهالك خرج عن المملوكية، وحيث لا ملك

(قوله: وفي "البرازية": اتخذ لها ثياباً وليستها حتى تحرقت إلخ) نذكر عبارتها - كما رأيتها فيها، وفي "النهر" - حتى يظهر لك ما في اختصار "المحشي" لها من التحريف في موضعين، ونصّها: ((اتخذ لها ثياباً وليستها حتى تحرقت، ثم قال: هو من المهر، وقالت: من النفقة أعني: الكسوة الواجبة عليه فالقول لها، قيل: فما الفرق بينه وبين ما إذا كان الثوب قائماً حيث يكون القول ثمة له، قلنا: الفرق أن في القائم اتفاقاً على أصل التملك واختلافاً في صفته، فالقول قول المملك؛ لأنه أعرف بجهة التملك، بخلاف الهالك؛ فإنه يدعي سقوط بعض المهر، والمرأة تنكر ذلك. قيل: لم يجعل هذا اختلافاً في جهة التملك أيضاً، كالثياب، قلنا: بالهلاك خرج عن المملوكية، والاختلاف في أصل الملك أو جهته، ولا ملك محال باطل فيكون اختلافاً في ضمان الهالك وبذلك فالقول لمن ينكر البذل والضمان. قيل: إنكار الضمان بعد مباشرة سببه باطل، قيل: أين سبب الضمان؟ قيل: التصرف في مال الغير، قلنا: إلتاف مال الغير سبب مطلق أم غير رضا؟، الثاني مسلم لا الأول، وقد وجد الرضا، ولأن الإلتاف سبب ممن ليس له على الملتف مال أم مطلقاً، الأول مسلم لا الثاني، بل هو من صاحب الحق سبب المقاصة، فهي مباشرة سبب المقاصة منكراً لزوم الضمان، فصار كمن ألتف مال غريمه وعليه دين)) اهـ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٨/٣.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ١٨٨/أ.

(٣) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر - الجنس الأول: في الاختلاف ١٣١/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

بحال فالاختلاف في جهة التملك باطل، فيكون اختلافاً في ضمان الهالك وبديله، فالقول لِمَنْ يَمْلِكُ البَدَلِ وَالضَّمَانَ)) اهد ملخصاً.

واستشكله في "النهر"^(١) وقال: ((هذا يقتضي أنَّ القول لها في الهالك في مسألة المتن، وهو مخالف لما قدمناه، والفرق يعسر، فتدبره)) اهد.

قلت: بل الفرق يسير إن شاء الله تعالى، وذلك أنَّ مسألة المتن في دعوها أنه هدية، فلا تصدق، ويكون القول له في حالتي الهالك وعديمه؛ لأنه المملك، ولا شيء يحالف دعوها، أمّا هنا فقد ادّعت الكسوة الواجبة عليه، فيكون القول له في القائم لما ذكرنا، وتطلب منه مهرها وكسوتها، أمّا الهالك فالقول لها فيه لأمرين:

أحدهما: أنَّ الظاهر يُصدقها فيه كما يأتي^(٢) في المهيأ للأكل وما يُنقله "الشارح" عن "الفقيه".

ثانيهما: أنه لو كان القول له فيه لزم ضياع حقها في الكسوة الواجبة عليه؛ لأنها من النفقة، والنفقة تسقط بمضي المدة، فلا يمكنها المطالبة عما مضى، ويلزم بذلك فتح باب الدعاوى الباطلة، بأن يدعى كل زوج بعد عشرين سنة أنَّ جميع ما دفع لها من كسوة ونفقة من المهر فيرجع عليها بقيمتها، وفي ذلك ما لا يرضاه الشرع من الإضرار بالنساء^(٣) مع أنَّ الظاهر والعادة تكذبه، أمّا في القائم فلا ضرر؛ لأنها تطالبه بكسوة أخرى إذا لم يرض بكونه كسوة،

(قوله: بل الفرق يسير إن شاء الله تعالى؛ وذلك أنَّ مسألة "المتن" في دعوها أنه إلج بهذا الفرق لا يندفع أنَّ التعليل الذي ذكره "البرزقي" يقتضي التسوية بين المسألتين في الحكم وإن حصل الفرق بينهما بما ذكره.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٨ أ بتصرف.

(٢) "در" ص ٥٠٩ وما بعدها.

(٣) ((بالنساء)) ساقط من "الأصل".

ولو عَوَّضَتْهُ ثُمَّ ادَّعَاهُ عَارِيَةً فَلَهَا أَنْ تَسْتَرِدَّ الْعَوْضَ.....

ولا تقتضي العادة أن يكون [١٩٩/٣ ب] المدفوع كسوتها؛ لأنَّ له أن يقول: أعطيتها كسوة غيرها، هذا ما ظهر لي، والله الميسر لكل عسير.

(١٢٢٥٧) قوله: ولو عَوَّضَتْهُ وكذا لو عَوَّضَهُ أبوها من مالها بإذنها أو من ماله فله الرجوع أيضاً كما في "الفتح" ^(١)، وكأنَّه في "البحر" ^(٢) لم يره فاستشكل ما قاله في "الفتح" قبل ذلك: ((من أنه لو بعث أبوها من ماله فله الرجوع لو قائماً، وإلا فلا، ولو من مالها بإذنها فلا رجوع؛ لأنه هبة منها، والمرأة لا ترجع في هبة زوجها)) اهـ.

(قوله: وكأنَّه في "البحر" لم يره فاستشكل ما قاله في "الفتح" إلخ) استشكله لا يتدفع برؤياه عبارة "الفتح"، بل لو رآها لا يتدفع؛ لظهور منافاتها لما ذكره "الفتح" أولاً، ولا يتدفع إلا بجعل الموضوع مختلفاً، كما ذكره "المحشي"، تأمل. ويأن ما ذكر أنه في "البحر" قال: ((وأشار "المصنف" أن الزوج لو بعث إليها هدايا، وعَوَّضَتْهُ المرأة، ثم زفَّت إليه، ثم فارقها وقال: بعثتها إليك عارية وأراد أن يسترده، وأرادت هي أن تسترده العوض فالقول قوله في الحكم؛ لأنه أنكر التملك، وإذا استرده تسترده هي ما عَوَّضَتْهُ، كذا في "الفتاوى السمرقندية". وفي "فتح القدير": ((لو بعث هو وبعث أبوها له أيضاً ثم قال: هو من المهر، فلاب أن يرجع في هبته إن كان من مال نفسه، وكان قائماً وإن كان هالكاً لا يرجع، وإن كان من مال البنت بإذنها فليس لها الرجوع؛ لأنه هبة منها، وهي لا ترجع فيما وهبت لزوجها)) اهـ. ويفرق بين هذه وبين ما سبق: أن في الأولى التعويض منها كان على ظنها التملك منها وقد أنكره، فلم يصح التعويض، فلم يكن هبة منها فلها الاسترداد، وفي الثانية: حصل التملك فصَحَّ التعويض فلا رجوع لها، وقد يقال: التعويض على ظن الهبة لا مطلقاً وقد أنكرها فينبغي أن ترجع)) اهـ "بحر". وفي "النهر": ((أن ما ذكره في "فتاوى سمرقند" علله "البيزاري" بأن المرأة زعمت أن الإعطاء كان عوضاً عن الهبة ولم تثبت الهبة فلا تثبت العوض اهـ. ولا خفاء أن هذا التعليل يأتي في دفع أيها من مالها بإذنها فينبغي أن ترجع أيضاً)) اهـ. فأنت ترى أن ما في "البحر" لا يتدفع إلا باختلاف الموضوع لا باطلاعه على عبارة "الفتح" التي نقلها "المحشي"؛ إذ هي قريبة من عبارة "الفتاوى السمرقندية"، تأمل.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٥/٣ - ٢٥٦.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٨/٣.

من جنسيه، "زيلي". (في غير المهيأ للأكل) كتياب، وشاة حية، وسمن، وعسل، وما يبقى شهرًا، "أخى زاده". (و) القول (لها) يمينها (في المهيأ له) كخبز.....

قلت: وهذا محمولٌ على ما إذا كان لا على جهة التعويض، فلا يُنافي قول "الشراح": ((ولو عوّضته (إلخ)) بقرينة ما نقلناه أولاً عن "الفتح".

هذا، وقد ذكر مسألة التعويض في "الفتح"^(١) وغيره مطلقاً، وكذا في "الحانية"^(٢)، لكنه قال فيها: ((وقال "أبو بكر الإسكاف": إن صرّحت حين بعثت أنها عوّض فذلك، وإلا كان هبة منها وبطلت نيتها)) اهـ، ومثله في "الهندية"^(٣).

وهذا يحتمل أن يكون بياناً لمرادهم أو حكاية لقول آخر، تأمل. وينبغي اعتبار العرف فيما يقصد به التعويض، فيكون كالملفوظ، تأمل.

وما في "ط"^(٤): ((من أن المتمدّ خلاف ما قاله "الإسكاف")) وعزاه إلى "الهندية" لم أره فيها، نعم سيذكر^(٥) "الشراح" في آخر كتاب الهبة: ((أنه لا فرق بين تصريحها بالعوض وعدمه)). [١٢٢٥٨] (قوله: من جنسيه) لم يذكر "الزيلي" هذه الزيادة، "ط"^(٦). ولم أر أحداً ذكرها،

(قول "الشراح": كتياب، وشاة حية إلخ) نقل "أبو الحسن السدي" في "حاشية الفتح" عن "أبي العز" قال: ((إذا كان المهر دراهم أو دنانير فأرسل إليها حنطة، أو شعيراً، أو ما جرت عادة الناس اليوم بإرساله من ماء الورد، وتوب الخمر، والسكر ونحو ذلك فإن في تصديقه في قوله: ((بأنه من المهر نظراً لو جهن:))

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٦/٣.

(٢) "الحانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر - فصل في حبس المرأة نفسها بالمهر ٣٩٠/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب السابع: في المهر - الفصل الثاني عشر: في اختلاف الزوجين في المهر ٣٢٣/١ معزياً إلى قاضيهان.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٦/٢.

(٥) انظر "الدر" عند المقولة [٢٩٢٨٦] قوله: ((لا تجوز الرقي)).

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٦/٢.

ولحم مشوي؛ لأن الظاهر يكذبه.....

ولعل المراد بها أن العوض لو كان هالكاً وهو مثلي ترجع عليه بمثله، فأراد بالجنس المثل، تأمل.
[١٢٢٥٩] (قوله: مشوي) لا مفهوم له، "ط" (١).

[١٢٢٦٠] (قوله: لأن الظاهر يكذبه) قال في "الفتح" (٢): ((والذي يجب اعتباره في ديارنا أن جميع ما ذكر من الخنطة واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية وباقيها يكون القول فيها قول المرأة؛ لأن المعارف في ذلك كله أن يرسله هدية، والظاهر معها لا معه، ولا يكون القول قوله إلا في نحو الثياب والجارية)) اهـ.

قال في "البحر" (٣): ((وهذا البحث موافق لما في "الجامع الصغير" (٤)، فإنه قال: إلا في الطعام الذي يؤكل، فإنه أعم من المهيأ للأكل وغيره)) اهـ.

أحدهما: أن الظاهر يكذبه.

والثاني: أن الصداق دراهم مثلاً، والمرسل من خلاف جنسها، والمعاوضة تحتاج إلى التراضي من الجانبين ولم يوجد. فقوله: ((أنه من صداقها)) غير صحيح فلا يصدق؛ إذ صداقها غير ما أرسله إليها، ولا ينفع التعليل بأن الظاهر أنه يسعى في إسقاط الواجب في حقه، فإن الواجب في حقه غير ما أرسله إليها، ولا يسقط ما في الذمة بغيره إلا بطريق المعاوضة وهي محتاجة إلى التراضي من الجانبين ولم يوجد، انتهى)) اهـ "سيندي"، وقد يدفع هذا بأن ما ذكره مبني على عادتهم: أنهم يسمون نقوداً في المهر ثم يدفع الزوج غيرها، ويحبيته عن المهر، وتكون حينئذ المرأة راضية بهذه المعاوضة، وهذا العرف جار في كثير من قرى مصر.

(قوله: ولعل المراد بها أن العوض الخ) الأوضح أن يراد به ما يعم القيمة في القيمي، وزاده إشارة إلى أنها تسترد البدل فيما لو هلك العوض، ولا شك أن القيمة من جنس القيمي باعتبار المالية، تأمل.

(١) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٦/٢.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٦/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٨/٣.

(٤) "الجامع الصغير": كتاب النكاح - باب في المهور ص ١٨٥.

ولذا قال "الفتية": ((المختار أنه يُصدَّق فيما لا يجب عليه كخفٍّ ومُلاءةٍ، لا فيما يجب كخمارٍ ودِرْعٍ)).....

قال في "النهر"^(١): ((وأقول: وينبغي أن لا يُقبل قوله أيضاً في الثياب المحمولة مع السكر ونحوه للعرف)) اهـ.

قلت: ومن ذلك ما يبعثه إليها قبل الزفاف في الأعياد والمواسم من نحو ثيابٍ وحُلِيٍّ، وكذا ما [١٢٠ق/٣] يُعطِيها من ذلك أو من دراهمٍ أو دنائيرٍ صبيحةَ ليلةِ العرسِ، ويُسمَّى في العرفِ صُبْحَةً، فإنَّ كلَّ ذلك تُعَوِّفُ في زماننا كونهَ هَدِيَّةً لا من المهرِ، ولا سَيْماً المسمَّى صُبْحَةً، فإنَّ الزَّوجَةَ تُعوِّضُهُ عنها ثياباً ونحوها صبيحةَ العرسِ أيضاً.

[١٢٢٦١] (قوله: ولذا قال "الفتية") أي: "أبو الليث".

[١٢٢٦٢] (قوله: كخفٍّ ومُلاءةٍ) لأنه لا يجب عليه تمكينها من الخروج، بل يجب منعها إلا فيما سنذكره، "فتح"^(٢).

قلت: ينبغي تقييدُ ذلك بما لم تجر به العادة؛ لما حرَّراه من أنَّ ذلك في عرفنا يلزمُ الزَّوجَ، وأنَّه من جملةِ المهر كما قدَّمناه^(٣) عن "الملتقط": ((أنَّ لها منَعَ نفسها للمشروطِ عادةً كالخفِّ والمكعبِ وديباجِ اللِّفافةِ ودراهمِ السكرِ إلخ))، ومثله في عرفنا مناشفُ الحَمَامِ ونحوها، فإنَّ ذلك بمنزلةِ المشروطِ في المهر، فيلزمُهُ دفعُهُ، ولا يُنافيه وجوبُ منعها من الخروجِ والحَمَامِ كما لا يخفى.

[١٢٢٦٣] (قوله: كخمارٍ ودِرْعٍ) ومتاع البيت، "بحر"^(٤). فمتاعُ البيتِ واجبٌ عليه، فهذا محلُّ ذكره، فافهم. وسيذكر^(٥) "المصنّف" في النفقة: ((أنَّه يجبُ عليه آلةُ الطَّحْنِ وأتيةُ شرابِ

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٨/١.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٦/٣.

(٣) المقولة [١٢١٠٣] قوله: ((بخلاف مجهول الجنس)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٧/٣.

(٥) انظر "الدر" عند المقولة [١٥٩٤١] قوله: ((وليلة)).

يعني: ما لم يدَّع أنه كسوة؛ لأنَّ الظاهر معه.
(خطب بنت رجل، وبعث إليها أشياء، ولم يزوجه أبوها فما بعث للمهر
يسرَّد عينه قائماً) فقط وإنَّ تغيَّر بالاستعمال.....

وطبخ ككؤز وجرَّة وقدرٍ ومغرفة))، قال "الشارح": ((وكذا سائر أدوات البيت كحصيرٍ ولبيدٍ
وطبقسةٍ إلخ)).

[١٢٢٦٤] (قوله: ما لم يدَّع أنه كسوة) هذا تقييدٌ من عند صاحب "الفتح"^(١)، وأقره في
"البحر"^(٢)، أي: أن ما يجب عليه لو ادَّعاه مهراً لا يُصدَّق؛ لأنَّ الظاهر يكذِّبه، أمَّا لو ادَّعى أنه
كسوة وادَّعت أنه هديَّة فالقول له؛ لأنَّ الظاهر معه.

[١٢٢٦٥] (قوله: ولم يزوجه أبوها) مثله ما إذا أبَتْ وهي كبيرة، "ط"^(٤).

[١٢٢٦٦] (قوله: فما بعث للمهر) أي: مما اتَّفقا على أنه من المهر، أو كان القول له فيه
على ما تقدَّم^(٥) بيانه.

[١٢٢٦٧] (قوله: فقط) قيدٌ في ((عينه)) لا في ((قائماً))، واحتَرَز به عمَّا إذا تغيَّر
بالاستعمال كما أشار إليه "الشارح"، قال في "المنح"^(٦): ((لأنَّه مُسلَّط عليه من قبَل المالك،

(قوله: لأنَّه مُسلَّط عليه من قبَل المالك إلخ) فيه أنه وإن كان مُسلَّطاً عليه من قبَل مالِكه إلاَّ أنه
مُدْفوعٌ على وجه المعاوضة على زعم الزوج فيكون نقصانه مضموناً عليه، كما لو هلك كله؛ إذ الجزء
مُعْتَبَر بالكلِّ في مثل هذا.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٦/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٨-١٩٧/٣ يتصرف.

(٣) في "الأصل" و"ب" و"و" ((فلم)) بالفاء، وما أثبتناه من "م" هو الموافق لعبارة "الدر".

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٦/٢.

(٥) "در" ص ٥٠٥.

(٦) "المنح": كتاب النكاح - باب بيان أحكام المهر ١/١٢٨ أ.

(أو قيمته هالكاً) لأنه معاوضة ولم تيم، فجاز الاسترداد (وكذا) يسترد (ما بعث هدية وهو قائم دون الهالك والمستهلك) لأنه في معنى الهبة^(١) (ولو ادعت أنه) أي: المبعوث (من المهر، وقال: هو وديعة فإن كان من جنس المهر فالقول لها، وإن كان من خلافه فالقول له).....

فلا يلزم في مقابلة ما انتقص باستعماله شيء)، "ح"^(٢).

[١٢٢٦٨] (قوله: أو قيمته الأولى: أو بدله؛ ليشمل المثلّي).

[١٢٢٦٩] (قوله: لأنه في معنى الهبة) أي: والهالك والاستهلاك مانع من الرجوع بها،

وعبارة "البرازية"^(٣): ((لأنه هبة)) اهـ.

ومقتضاه: أنه يشترط في استرداد القائم القضاء أو الرضا، وكذا يشترط عدم ما يمنع من الرجوع كما لو كان ثوباً فصبغته أو خاطته، ولم أر من صرح بشيء من ذلك، فليراجع. والتقييد بالهدية احتراز عن [٣/١٢٠ق/ب] النفقة فيما يظهر كما يأتي^(٤) في مسألة الإنفاق على معتدة الغير.

٣٦٤/٧

[١٢٢٧٠] (قوله: ولو ادعت إلخ) ذكر في "البحر"^(٥) هذه المسألة عند قول "الكنز": ((بعث

إلى امرأته شيئاً إلخ))، وقال: ((يقد بكونه ادعاه مهراً لأنه لو ادعته مهراً وادعاه وديعة فإن كان من جنس المهر فالقول لها، وإلا فله)) اهـ.

فعلم أن هذه المسألة في دعوى الزوجة لا في دعوى المخطوبة التي لم تزوجها أبوها، فكان

(١) عبارة "و": ((لأن فيه معنى الهبة)).

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٦ ب.

(٣) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر - الجنس الأول: في الاختلاف ١٣١/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) المقولة [١٢٢٧٢] قوله: ((أنفق على معتدة الغير إلخ)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٩/٣.

بشهادة الظاهر.

(أنفق) رجلٌ (على مُعتدّة الغير).....

المناسبُ ذكرها قبل قوله: ((خطبَ بنتَ رجلٍ إلخ))، وذلك لأنَّ دعوى المخطوبة أنَّ المبعوث من المهر تضرُّها؛ لأنَّه يلزمُها ردُّه قائماً وهالكاً، فالمناسبُ أن تكون دعوى الوديعه لها ودعوى المهر للزوج؛ لأنَّ الوديعه لا يلزمُها ردُّها إذا هلكَتْ بخلافِ الزَّوجه، فإنَّ دَعَواها أنَّه من المهر تنفعُها لمنع الاسترداد مطلقاً، ودَعَواهُ أنَّه وديعه تنفعُ^(١)؛ لأنَّه يطالبُها باستردادها قائمهً وبضمانها مُستهلكةً.

[١٢٢٧١] (قوله: بشهادة الظاهر) يرجع إلى الصورتين، "ط"^(٢).

مطلب: أنفق على مُعتدّة الغير

[١٢٢٧٢] (قوله: أنفق على مُعتدّة الغير إلخ) حكى في "البرازية"^(٣) في هذه المسألة ثلاثة أقوالٍ مُصحَّحة:

حاصل الأول: أنَّه يرجع مطلقاً شرطَ التزوُّج أو لا، تزوُّجته أو لا؛ لأنَّه رشوةٌ. وحاصل الثاني: أنَّه إن لم يشرط لا يرجع.

وحاصل الثالث - وقد نقله عن "فصول العمادي" -: ((أنَّه إن تزوَّجته لا يرجع، وإن أبست رجعَ شرطَ الرجوع أو لا إن دفعَ إليها الدِّراهم لتتفقَ على نفسها، وإن أكلَ معها لا يرجع بشيءٍ أصلاً)) اهـ.

(قوله: وذلك لأنَّ دعوى المخطوبة إلخ) لا مانع من جعل ما ذكره "المفتن" في المخطوبة أيضاً، وذلك بأن نقضَ المبعوث باستعمالها أفراد أن يُضمَّنَها النقصانَ مدعيًا أنَّه وديعه فدَعَواها أنَّه مهرٌ تنفعُها في عَدَمِ ضَمَانِ النقصانِ.

(١) من ((المنع)) إلى ((تنفعه)) ساقط من "٣".

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٦/٢.

(٣) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر - الجنس الأول: في الاختلاف ١٣٦/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

وحاصل ما في "فتح القدير" ^(١) حكاية الأول والأخير، وحكى في "البحر" ^(٢) الأول أيضاً ثم قال ^(٣): ((وقيل: لا يرجع إذا زوّجت نفسها وقد كان شرطه، وصحّح أيضاً، وإن أبى ولم يكن شرطه لا يرجع على الصحيح)) اهـ.

فقوله: ((لا يرجع إذا زوّجت نفسها إلخ)) يفهم منه عدم الرجوع بالأولى إذا تزوّجته ولم يشترط، وقوله: ((وإن أبى إلخ)) يفهم منه أنه إن أبى وقد شرطه يرجع، فصار حاصل هذا القول الثاني أنه يرجع في صورة واحدة، وهي ما إذا أبى وكان شرط التزوّج، ولا يرجع في ثلاث، وهي ما إذا أبى ولم يشترطه، أو تزوّجته وشرطه، أو لم يشترطه، فهذه أربعة أقوال كلها مصحّحة، وذكر "المصنف" في "شرحه" ^(٤): ((أنّ المعتمد ما في "فصول العمادي"، [٣/١٢١ق/١] - أعني: القول الثالث - وأنّ شيخه صاحب "البحر" أفتى به)) اهـ.

قلت: والذي اعتمدته فقيه النفس الإمام "قاضي خان" ^(٥) هو القول الأول، فإنه ذكر: ((أنه إن شرط التزوّج رجّع؛ لأنه شرط فاسد، وإلا فإن كان معروفاً فقبل: يرجع، وقيل: لا))، ثم قال ^(٦): ((وينبغي أن يرجع؛ لأنه إذا علم أنه لو لم تتزوّج لا يُنفق عليها كان بمنزلة الشرط، كالمستقرض إذا أهدى إلى المقرض شيئاً لم يكن أهدى إليه قبل الإقراض كان حراماً، وكذا القاضي لا يجيب الدعوة الخاصة، ولا يقبل الهدية من رجل لو لم يكن قاضياً لا يهدي إليه، فيكون ذلك بمنزلة الشرط وإن لم يكن مشروطاً)) اهـ.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٦/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٩/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٩/٣ - ٢٠٠.

(٤) "المنح": كتاب النكاح - باب بيان أحكام المهر ١/١٢٨ق.

(٥) "الحانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر - فصل: في حبس المرأة نفسها بالمهر ٣٩١/١ - ٣٩٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٠/٣.

(٧) عبارة "الحانية": ((وإن لم يكن مشروطاً لفظاً)).

وأيده في "الخيرية"^(١) في كتاب النفقات، وأفتى به حيث سُئِلَ فيمن خطَبَ امرأةً وأنفقَ عليها، وعَلِمَتْ أَنَّهُ يُنفِقُ لِيَتَزَوَّجَهَا فَتَزَوَّجَتْ غَيْرَهُ، فأجاب: ((بأنه يرجع))، واستشهد له بكلام "قاضي خان" المذكور وغيره، وقال: ((إنه ظاهر الوجه، فلا ينبغي أن يُعدَلَ عنه)) اهـ.

(تنبيه)

أفاد ما في "الخيرية"^(٢) - حيث استشهد على مسألة المخطوبة بعبارة "الخائية" - أن الخلاف الجاري هنا جارٍ في مسألة المخطوبة المارة^(٣)، وأن ما مر^(٤) فيها: ((من أن له استرداد القائم دون الهالك والمستهلك)) خاص بالهدية دون النفقة والكسوة؛ إذ لا شك أن المعتدة مخطوبة أيضاً، ولا تأثير لكونها معتدة يحرم التصريح بخطبتها، بل التأثير للشرط وعدمه، وكونه شرطاً فاسداً، وكون ذلك رشوة كما علمته من تحليل الأقوال، وعلى هذا فما يقع في قرى دمشق من أن الرجل يخطب امرأة، ويصير يكسوها ويهدي إليها في الأعياد، ويعطيها دراهم للنفقة والمهر إلى أن يكمل لها المهر فيعقد عليها ليلة الزفاف، فإذا أتت أن تزوجه ينبغي أن يرجع عليها بغير الهدية الهالكة على الأقوال الأربعة المارة؛ لأن ذلك مشروطاً بالتزوج كما حققه "قاضي خان" فيما مر.

وبقي ما إذا ماتت، فعلى القول الأول لا كلام في أن له الرجوع، أما على الثالث فهل يلحق

(قوله: فإذا أتت أن تزوجه ينبغي أن يرجع عليها بغير الهدية إلخ) لا يظهر على قول من اشترط التصريح بالشرط، ولم يكف بالشرط المعروف، تأمل.

(١) "الفتاوى الخيرية": كتاب الطلاق - باب النفقة ٧٢/١.

(٢) "الفتاوى الخيرية": كتاب الطلاق - باب النفقة ٧٢/١.

(٣) "در" ص ١٢٥.

(٤) "در" ص ١٣٥.

بشرط أن يتزوجها) بعد عِدَّتِهَا (إن تزوجته لا رجوع مطلقاً، وإن أبنت فله الرجوع إن كان دفع لها،.....

بالإباء؟ لم أره، وينبغي الرجوع؛ لأن الظاهر أن علة القول الثالث أنه كالمهية المشروطة بالعيوض وهو التزوج كما يفيدُه ما في "حاوي الزاهدي" برمز "البرهان" [٣/١٢١ق/ب] صاحب "المحيط" ^(١): ((بَعَثَ الصَّهْرَةَ إِلَى بَيْتِ الْخَتَنِ ثِيَاباً لَا رُجُوعَ لَهَا بَعْدَهُ وَلَوْ قَائِمَةً، ثُمَّ سُئِلَ فَقَالَ: لَهَا الرُّجُوعُ لَوْ قَائِمَةً))، قال "الزاهدي": ((والتوفيق أن البعث الأول قبل الزفاف، ثم حصل للزفاف، فهو كالمهية بشرط العوض وقد حصل، فلا ترجع، والثاني بعد الزفاف، فترجع)) اهـ. وكذا لم أر ما لو مات هو أو أبى، فليراجع.

(تتمة)

لم يذكر ما لو أنفق على زوجته ثم تبين فساد النكاح، بأن شهدوا بالرضاع وفرق بينهما، ففي "الذخيرة": ((له الرجوع بما أنفق بفرض القاضي؛ لأنه تبين أنها أخذت بغير حق، ولو أنفق بلا فرض لا يرجع بشيء)).

[١٢٢٧٣] (قوله: بشرط أن يتزوجها) الأولى أن يقول: بطمعه أن يتزوجها كما عبر في "البحر" ^(٢).

[١٢٢٧٤] (قوله: مطلقاً) تفسير الإطلاق في الموضوعين — كما دل عليه كلام "المصنف"

٣٦٥/٢

(قوله: ثم حصل للزفاف إلخ) المناسب التعبير بـ ((أل)) بدل ((الأم)) الجارية، تأمل. (قوله: وكذا لم أر ما لو مات هو، أو أبى فليراجع) الظاهر أن كلاً من موته وإبائه كموئها وإبائها، وأنه يرجع هو أو ورثته على القول الأول، وعلى الثاني يفصل بين الشرط وعدمه، وعلى الثالث لعدم تحقق العوض يرجع شرط التزوج أو لا، وكذا على الرابع يرجع إذا شرطه.

(١) لم نثر عليه في مخطوطة "المحيط الرهاني" التي بين أيدينا.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٩٩/٣.

وإن أكلت معه فلا مطلقاً "بحر" عن "العِمَادِيَّة"، وفيه عن "المبتغى": (جَهَّزَ ابْنَتَهُ بِجَهَازٍ وَسَلَّمَهَا ذَلِكَ.....)

في "شرحه"^(١): ((شَرَطَ التَّزْوِجَ أَوْ لَمْ يَشْرُطْهُ))، ولذا قلنا: الأولى أن يقول: بَطَمَعَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا لِيَتَأْتِيَ الإِطْلَاقُ الْمَذْكُورُ، وهذا القولُ هو الثَّالِثُ قَدْ اعْتَمَدَهُ "المُصَنِّفُ" في "مَتْنِهِ" و"شَرْحِهِ"، وقال في "الْفَيْضِ": ((وَبِهِ يُفْتَى)).

[١٢٢٧٥] (قَوْلُهُ: وَإِنْ أَكَلْتُ مَعَهُ فَلَا أَيْ: لِأَنَّهُ إِباحَةٌ لَا تَمْلِكُ، أَوْ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ لَا يُعْلَمُ قَدْرُهُ، تَأْمَلْ. وَلِيُنْظَرَ وَجْهَ عَدَمِ الرُّجُوعِ فِي الْهَدِيَّةِ الْهَالِكَةِ أَوْ الْمُسْتَهْلَكَةِ عَلَى مَا قُلْنَا^(٢) مِنْ عَدَمِ الْفَرْقِ بَيْنَ الْمَخْطُوبَةِ وَالْمُعْتَدَّةِ.

[١٢٢٧٦] (قَوْلُهُ: "بَحْرٌ" عَنْ "الْعِمَادِيَّةِ") صَوَابُهُ: "مَنْحٌ"^(٣) عَنْ "الْعِمَادِيَّةِ"، فَإِنَّ مَا فِي الْمَنْعِ عَرَاهُ فِي "الْمَنْحِ" إِلَى "الْفُصُولِ الْعِمَادِيَّةِ"، وَهُوَ الْقَوْلُ الثَّالِثُ مِنَ الْأَقْوَالِ الْأَرْبَعَةِ الَّتِي قَدَّمْنَاهَا^(٤)، وَأَمَّا مَا فِي "الْبَحْرِ"^(٥) فَهُوَ الْقَوْلُ الْأَوَّلُ وَالْقَوْلُ الرَّابِعُ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْقَوْلَ الثَّالِثَ أَصْلًا، وَلَا وَقَعَ

(قَوْلُهُ: شَرَطَ التَّزْوِجَ أَوْ لَمْ يَشْرُطْهُ إلخ) الظَّاهِرُ فِي تَفْسِيرِ الإِطْلَاقِ بِدَلَالَةِ مَا بَعْدَهُ أَنْ يُقَالَ: دَفَعَ لَهَا أَوْ أَكَلَتْ مَعَهُ.

(قَوْلُهُ: وَلِيُنْظَرَ وَجْهَ عَدَمِ الرُّجُوعِ فِي الْهَدِيَّةِ إلخ) الظَّاهِرُ أَنَّ التَّفْصِيلَ الْمَارَّ فِي الْهَدِيَّةِ بَيْنَ الْقَائِمِ وَالْهَالِكِ لَا يَتَأْتِي عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ، وَأَنَّهُ عَلَيْهِ يَرْجِعُ فِي الْهَالِكِ أَيْضًا، وَأَنْ يَأْتِيَ فِيهَا مَا قِيلَ فِي النَّفَقَةِ عَلَى كُلِّ مِنَ الْأَقْوَالِ الْأَرْبَعَةِ، وَأَنْ مَا مَشَى عَلَيْهِ "المُصَنِّفُ" فِي الْهَدِيَّةِ جَرَى عَلَى الْقَوْلِ الثَّانِي، لَكِنْ يَقِيدُ كَلَامُ "المُصَنِّفِ" فِيهَا: بِمَا إِذَا لَمْ يَشْرُطِ التَّزْوِجَ؛ إِذْ لَوْ شَرَطَهُ لَرَجَعَ بِلَا فَرْقٍ بَيْنَ الْهَالِكِ وَالْقَائِمِ.

(١) "المنح": كتاب النكاح - باب بيان أحكام المهر ١/ ١٢٨ أ.

(٢) المقولة [١٢٢٧٢] قوله: ((أنفق على معتدة الغير إلخ)).

(٣) "المنح": كتاب النكاح - باب بيان أحكام المهر ١/ ١٢٨ أ.

(٤) المقولة [١٢٢٧٢] قوله: ((أنفق على معتدة الغير إلخ)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/ ١٩٩-٢٠٠.

ليس له الاسترداد^(١) (منها) ولا لورثته بعده إن سلمها ذلك في صحته، بل تختص به (وبه يفتى) وكذا لو اشتراه لها في صغرها، "ولوالجية"^(٢).....

فيه العزو إلى "العمادية"^(٣).

[١٢٢٧٧] (قوله: ليس له الاسترداد منها) هذا إذا كان العرف مستمراً أن الأب يدفع مثله جهازاً لا عارية كما يذكره^(٤) قريباً، وكان يعنيه ما يأتي^(٥) عما ذكره هنا، ويمكن أن يكون هذا بيان حكم الديانة والآتي بيان حكم القضاء.

[١٢٢٧٨] (قوله: في صحته) احتراز عما لو سلمها في مرض موته، فإنه تخليك للوارث، ولا يصح بدون إجازة الورثة.

[١٢٢٧٩] (قوله: وكذا لو اشتراه لها في صغرها) أي: وإن سلمها في مرضه أو لم يسلمها أصلاً، لأنها ملكته بشراء الأب لها قبل التسليم كما يأتي^(٦)، ولو مات قبل دفع الثمن رجع البائع على تركته، ولا رجوع للورثة عليها، ففي "أدب الأوصياء"^(٧) عن "الخانية"^(٨) وغيرها: ((الأب إذا شري خادماً للصغير ونقد الثمن من مال نفسه لا يرجع عليه إلا إذا أشهد بالرجوع، وإن لم ينقذه حتى مات ولم يكن أشهد أخذ من تركته، [١٢٢/٣] ولا يرجع عليه بقية الورثة)) اهـ.

(قوله: هذا بيان حكم الديانة إلخ) لا يصح أن يكون ما ذكره "المصنف" حكماً الديانة بل هي، يُراعى فيها نيته عند التسليم، فإن نوى التملك لا يسترد ديانة، وإلا استرد هذا هو حكم الديانة، تأمل.

(١) في "ب": ((الاسترداد)).

(٢) لم نثر عليها في مظانها في "الولولية".

(٣) نقول: بل ذكر صاحب "البحر" هذا القول وعزاها إلى "العمادية"، انظر "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٠/٣.

(٤) "در" ص ٥٢٠ وما بعدها.

(٥) "در" ص ٥٢١.

(٦) المقولة [١٢٢٨١] قوله: ((والأحوط)).

(٧) "أدب الأوصياء": فصل في القسمة ٢٦٩/٢ (هامش جامع الفصولين). وهو للمولى علي بن محمد الجمالي الرومي الحنفي (ت ٩٣١هـ). ("كشف الظنون" ٤٥/١، "نهرس مخطوطات الظاهرية" - الفقه الحنفي ٣٨/١، "معجم المؤلفين" ٤٩٩/٢).

(٨) "الخانية": كتاب البيوع - باب في بيع غير المالك ٢٨٥/٢ ("هامش الفتاوى الهندية").

والحيلة أن يُشهد عند التسليم إليها أنه إنما سلّمه عاريةً، والأحوط أن يشتريه منها ثم تُبرئه، "درر".

(أخذ أهل المرأة شيئاً عند التسليم فللزوج أن يسرده^(١) لأنه رشوة.

(جهز ابنته ثم ادّعى أن ما دفعه لها عاريةً،)

[١٢٢٨٠] (قوله: والحيلة أي: فيما لو أراد الاسترداد منها.

[١٢٢٨١] (قوله: والأحوط) أي: لاحتمال أنه اشترى لها بعض الجهاز في صغرها، فلا يحلُّ

له أخذه بهذا الإقرار ديانةً كما في "البحر"^(٢) و"الدرر"^(٣)، وكذا لو كان بعدما سلّمه إليها وهي كبيرة.

[١٢٢٨٢] (قوله: عند التسليم) أي: بأن أبي أن يسلمها أخوها أو نحوهُ حتى يأخذ شيئاً،

وكذا لو أبى أن يزوجها فللزوج الاسترداد قائماً أو هالكاً؛ لأنه رشوة، "بزازية"^(٤). وفي

"الحاوي الزاهد" برمز "الأسرار" للعلامة "نجم الدين": ((وإن أعطى إلى رجل شيئاً لإصلاح

مصالح المصاهرة إن كان من قوم الخطيئة أو غيرهم الذين يقادرون على الإصلاح والفساد،

وقال: هو أجره لك على الإصلاح لا يرجع، وإن قال: على عدم الفساد والسكوت يرجع؛

لأنه رشوة، والأجرة إنما تكون في مقابلة العمل، والسكوت ليس بعمل، وإن لم يقل: هو

أجره يرجع، وإن كان ممن لا يقدر على ذلك إن قال: هو عطية أو أجره لك على الذهاب

والإياب أو الكلام أو الرسالة بيني وبينها لا يرجع، وإن لم يقل شيئاً منها يكون هبة له الرجوع

فيها إن لم يوجد ما يمنع الرجوع)).

(قوله: إن قال: هو عطية أو أجره لك) الظاهر أنه راجع لكل من قوله: ((عطية وأجرة)) حتى

يتأتى عدم الرجوع في قوله: ((عطية)).

(١) في "د" زيادة: ((لأن الرشوة لا تملك كما في قضاء "البحر"))، ق. ١٦٥/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٠٠/٣.

(٣) "الدرر": كتاب النكاح - باب المهر ٣٤٨/١.

(٤) "البزازية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر - الجنس الأول: في الاختلاف ١٣٦/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

وقالت: هو تملكك، أو قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث منه، وقال الأب) أو ورثته بعد موته: (عارية ف) المعتمد^(١) أن (القول للزوج ولها إذا كان العرف مستمراً أن الأب يدفع مثله جهازاً لا عارية، و) أمّا (إن^(٢) مشتركا) كمصر والشام.....

[١٢٢٨٣] (قوله: وقالت: هو تملكك) كذا في "الفتح"^(٣) و"البحر"^(٤) وغيرهما، ويشكل جعل القول لها بأنه اعتراف بملكية الأب وانتقال الملك إليها من جهته^(٥)، وقد صرح في "البدائع"^(٦): ((بأن المرأة لو أقرت بأن هذا المتاع اشتراه لي زوجي سقط قولها؛ لأنها أقرت بالملك له، ثم ادعت الانتقال إليها، فلا يثبت إلا بدليل)) اهـ^(٧).

ويجاء: بأن هذه من المسائل التي عملوا فيها بالظاهر كاختلاف الزوجين في متاع البيت ونحوها مما يأتي^(٨) في كتاب الدعوى آخر باب التحالف، ومثله ما مر^(٩) في الاختلاف في دعوى المهر والهدية.

[١٢٢٨٤] (قوله: فالمعتمد إلخ) عبر عنه في "فتح القدير"^(١٠): ((بأنه المختار للفتوى))، ومقابلته

(١) في "د" زيادة: ((ذكر المسألة في العارية أيضاً، وقد ذكر أن كل من كان القول قوله يلزمه اليمين إلا في مسائل ليست هذه المسألة منها، والله تعالى أعلم. وأفتى قارئ "الهداية" رحمه الله تعالى بقوله: القول قول الأب والأم - أنهما لم يملكاهما، وإنما هو عارية عندكم - مع اليمين، إلا أن تقوم دلالة أن الأب والأم يملكان مثل هذا الجهاز للابنة. وسئل أيضاً عما إذا تنازعا مع الزوج بعدما زفت إليه بالجهاز وماتت، فأجاب: إذا زفت إلى الزوج، وسلمت إليه مع الجهاز لا يسمع من الأيوين أنه ليس لها إلا بيينة، والله تعالى أعلم. "حامدية"). ق ١٦٥/ب.

(٢) في "د": ((إن كان)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٦/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٠/٣.

(٥) في "د" زيادة: ((كذلك أو تارة وتارة فالقول له، به يفتى، كما لو كان أكثر مما يجهز به مثلها، فإن القول له اتفاقاً، انتهى. وعبر في "اليزانية" في دعوى الزوج أنه من تركتها، وهذا لا إشكال فيه، وإنما الإشكال فيما إذا ادعى التملك، ولم أر من أوضحه)). ق ١٦٥/ب.

(٦) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: وأما حكم اختلاف الزوجين في المهر - فصل وبما يتصل بهذا اختلاف الزوجين إلخ ٣١٠/٢.

(٧) في "د" زيادة: ((فهنا يدل على أنه من ادعى التملك في مسألتنا لا يقبل قوله إلا بدليل، فتأيد ما بخصه أولاً، فأملاً)). ق ١٦٥/ب.

(٨) انظر المحقولة [٢٧٨١٩] قوله: ((وإن اختلف الزوجان)).

(٩) "در" ص ٥٠هـ.

(١٠) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٥٦/٣.

(فالقول للأب).....

ما نقله قبله: ((من أن القول لها - أي: بثون تفصيل - بشهادة الظاهر؛ لأن العادة دَفَعُ ذلك هبةً))، وما اختاره الإمام "السرْحسي": ((من أن القول للأب؛ لأن ذلك يُستفاد من جهته)) اهـ. والظاهر: أن القول المعتمد توفيق بين هذين القولين [١٢٢ق/٣] بجعل الخلاف لفظياً.

مطلب في دعوى الأب أن الجهاز عارية

[١٢٢٨٥] قوله: فالقول للأب أي: مع اليمين كما في "فتاوى قارئ الهداية"^(١). قلت: وينبغي تقييد القول للأب بما إذا كان الجهاز كله من ماله، أما لو جهزها بما قبضه من مهرها فلا؛ لأن الشراء وقع لها حيث كانت راضية بذلك، وهو بمنزلة الإذن منها عرفاً، نعم لو زاد على مهرها فالقول له في الزائد إن كان العرف مُشترَكاً. ثم أعلم أنه قال في "الأشباه"^(٢): ((إن العادة إنما تُعتبر إذا طرأت أو غلبت، ولذا قالوا في البيع لو باع بدراهم أو دنانير في بلد اختلف فيها النقود مع الاختلاف في المائلة والرواج انصرف البيع إلى الأغلب، قال في "الهداية"^(٣): لأنه هو المتعارف، فينصرف المطلق إليه)) اهـ كلام "الأشباه". قلت: ومقتضاه أن المراد من استمرار العرف هنا غلبته، ومن الاشتراك كثرة كل منهما؛ إذ لا نظر إلى النادر، ولأن حمل الاستمرار على كل واحد من أفراد الناس في تلك البلدة لا يمكن، ويلزم عليه إحالة المسألة؛ إذ لا شك في صدور العارية من بعض الأفراد، والعادة الفاشية الغالبة في أشراف^(٤) الناس أو ساطهم دَفَعُ ما زاد على المهر من الجهاز تملكاً سوى ما يكون على الزوجة ليلة الزفاف من الحلي والثياب، فإن الكثير منه أو الأكثر عارية، فلو ماتت ليلة الزفاف^(٥) لم يكن

(١) "فتاوى قارئ الهداية": ص٣٣ - المسألة (٣٠).

(٢) "الأشباه والنظائر": الفن الأول - القاعدة السادسة: العادة والعرف ص١٠٣ -

(٣) "الهداية": كتاب البيوع ٢٢/٣.

(٤) في "٣": ((أفراد)).

(٥) من ((من الحلي)) إلى ((الزفاف)) ساقط من "٣".

٣٦٦/٢ للرجل أن يدعي أنه لها، بل القول فيه للأب أو الأم: إنه عارية أو مستعار لها كما يعلم من قول "الشارح": ((كما لو كان أكثر مما يُجهز به مثلها))، وقد يقال: هذا ليس من الجهاز عرفاً.

وبقي لو جرى العرف في تعليق البعض وإعارة البعض، ورأيت في "حاشية الأشباه" للسيد محمد أبي السعود عن "حاشية الغزي": ((قال الشيخ الإمام الأجل "الشهيد": المختار للفتوى أن يحكم بكون الجهاز ملكاً لا عارية^(١)؛ لأنه الظاهر الغالب، إلا في بلدة جرت العادة يدفع الكل عارية فالقول للأب، وأما إذا جرت في البعض يكون الجهاز تركة يتعلق بها حق الورثة، وهو الصحيح)) اهـ^(٢).

ولعل وجهه: أن البعض الذي يدعي الأب بعينه عارية لم تشهد له به العادة، بخلاف ما لو جرت العادة بإعارة [٣/١٢٣ق/٣] الكل، فلا يتعلق به حق ورثتها، بل يكون كله للأب، والله تعالى أعلم.

(تنبيه)

ذكر "البيري" في "شرح الأشباه": ((أن ما ذكرناه في مسألة الجهاز إنما هو فيما إذا كان النزاع من الأب، أما لو مات فادعت ورثته فلا خلاف في كون الجهاز للبنات؛ لما في "الولولجية"^(٣): جهز ابنته ثم مات، فطلب بقية الورثة القسمة فإن كان الأب اشتري لها في صغرها أو في كبرها وسلم لها في صحتها فهو لها خاصة)) اهـ.

قلت: وفيه نظير؛ لأن كلام "الولولجية" في ملك البنات له بالشراء لو صغيرة وبالتسليم لو كبيرة، ولا فرق فيه بين موت الأب وحياته، ويدل عليه ما مر^(٤) من قول "المصنف" و"الشارح":

(١) في "د" زيادة: ((لأن الظاهر والغالب أنه تجهز البنات على سبيل التملك، وهو دليل الملك إلا في بلدة جرت العادة يكون الجهاز عارية، فالقول للأب إن جرت العادة يدفع الكل عارية)). ق ١٦٥/ب.

(٢) في "د" زيادة: ((أقول جرت العادة في عرف الشام؛ بين أوساط الناس؛ أنهم قد يدفعون البعض عارية، وليست عادة مطردة، وعليه فلا يصدق الأب)). ق ١٦٥/ب.

(٣) لم نعر عليها في نسخة "الولولجية" التي بين أيدينا.

(٤) "در" ص ٥١٩.

كما لو كان أكثر مما يُجهز به مثلها.

(والأُم كالأب^(١)) في تجهيزها وكذا وليُّ الصَّغيرة، "شرح وهبانية".....

((ليس له الاسترداد منها ولا لورثته بعده))، وإنما الكلام في سماع دَعْوَى العارية بعد الشراء أو التسليم، والمعتمد البناء على العرف كما علمت، ولا فرق في ذلك أيضاً بين موت الأب وحياته، فدَعْوَى ورثته كدَعْوَاهُ، فتأمل^(٢).

[١٢٢٨٦] (قوله: كما لو كان إلخ) والظاهر أنه إن أمكن التمييز فيما زاد على ما يُجهز به مثلها كان القول قوله فيه، وإلا فالقول قوله في الجميع، "رحمتي".

[١٢٢٨٧] (قوله: والأُم كالأب) عزاه "المصنف"^(٣) إلى "فتاوى قارئ الهداية"^(٤)، وكذا بحثه "ابن وهبان" كما يأتي^(٥).

[١٢٢٨٨] (قوله: وكذا وليُّ الصَّغيرة) ذكره "ابن وهبان" في "شرح منظومته" بحثاً حيث قال: ((وينبغي أن يكون الحكم فيما تدعيه الأُم ووليُّ الصَّغيرة إذا زوجهَا كما مرَّ؛ لجريان العرف في ذلك))، لكن قال "ابن الشَّحنة" في "شرحه"^(٦): ((قلت: وفي الوليِّ عندي نظراً) اهـ. وتردَّد في "البحر"^(٧) في الأُم والجَدَّ وقال: ((إنَّ مسألة الجَدَّ صارت واقعة الفتوى))، ولم يجد فيها نقلاً، وكتب "الرَّملي": ((أنَّ الذي يظهر ببداءي الرأي أنَّ الأُم والجَدَّ كالأب إلخ)).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: والأُم كالأب)) قال في "البحر": هي واقعة الفتوى، ولم أرَ فيها نقلاً، انتهى. أقول: لكنَّها مذكورة في "فتاوى قارئ الهداية" جازماً أنَّها كالأب، كما نصَّ عليه المصنف، إلا أن تقوم دلالة على أنَّهما يدعيان ملكاً لا عارية، انتهى)). ق ١٦٥/ب.

(٢) من ((وإنما الكلام)) إلى ((فتأمل)) ساقط من "الأصل".

(٣) بل عزاه إلى قاضيهجان في فتاواه. انظر المنح: كتاب النكاح - باب في بيان أحكام المهر ١/ق ١٢٨/أ.

(٤) "فتاوى قارئ الهداية": ص ٣٣- المسألة (٣٠).

(٥) في المقولة التالية.

(٦) لم نعثر عليها في مخطوطة "تفصيل عقد الفرائد" التي بين أيدينا.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ٣/٢٠٠ بتصرف.

واستحسنَ في "النهر" تبعاً لـ "قاضي خان": ((أَنَّ الْأَبَ إِنْ كَانَ مِنَ الْأَشْرَافِ لَمْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ: إِنَّهُ عَارِيَّةٌ)).

(ولو دَفَعَتْ فِي تَجْهِيزِهَا لِابْنَتِهَا أَشْيَاءَ مِنْ أَمْتَعَةِ الْأَبِ بِحَضْرَتِهِ وَعِلْمِهِ وَكَانَ سَاكِنًا، وَزُفَّتْ إِلَى الزَّوْجِ فَلَيْسَ لِلأَبِ أَنْ يَسْتَرِدَّ ذَلِكَ مِنْ ابْنَتِهِ) لجريانِ العُرفِ به (وكذا لو أنْفَقَتِ الأمُّ فِي جَهَازِهَا مَا هُوَ مَعْتَادٌ وَالأَبُ سَاكِنٌ لَا تَضْمَنُ الأمُّ^(١))، وهما مِنَ المسائلِ.....

[١٢٢٨٩] (قَوْلُهُ: وَاسْتَحْسَنَ فِي "النَّهْرِ"^(٢)) حَيْثُ قَالَ: ((وَقَالَ الْإِمَامُ "قَاضِي خَانَ"^(٣)): وَيَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ: إِنْ كَانَ الْأَبُ مِنَ الْأَشْرَافِ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ: إِنَّهُ عَارِيَّةٌ، وَإِنْ كَانَ مِنْ لَّا يُجَهِّزُ الْبَنَاتِ بِمِثْلِ ذَلِكَ قِيلَ قَوْلُهُ. وَهَذَا لَعَمْرِي مِنَ الْحُسْنِ بِمَكَانٍ)) اهـ.

قلت: ولعلَّ وَجَهَ استحسانِهِ معَ أَنَّهُ لَا يُغَايِرُ الْقَوْلَ الْمُعْتَمَدَ أَنَّهُ تَفْصِيلٌ لَهُ وَبَيَانٌ لِكُونِ الْإِشْتِرَاكِ الَّذِي قَدْ يَقَعُ فِي بَعْضِ الْبِلَادِ إِنَّمَا هُوَ فِي غَيْرِ الْأَشْرَافِ.

[١٢٢٩٠] (قَوْلُهُ: وَعِلْمِهِ) عَطْفُ تَفْسِيرٍ، فَالْمَدَارُ عَلَى الْعِلْمِ وَالسُّكُوتِ بَعْدَهُ وَإِنْ كَانَ غَائِبًا.

[١٢٢٩١] (قَوْلُهُ: وَزُفَّتْ إِلَى الزَّوْجِ) قِيلَ بِهِ لَأَنَّ تَمْلِيكَ الْبَالِغَةِ بِالتَّسْلِيمِ، وَهُوَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ عَادَةً بِالزَّوَاقِفِ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَصِيرُ الْجَهَازُ يَدِيهَا، فَافْهَم.

[١٢٢٩٢] (قَوْلُهُ: مَا هُوَ مَعْتَادٌ) [٣/١٢٣ق/ب] مَفْهُومُهُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ زَائِدًا عَلَى الْمُعْتَادِ لَا يَكُونُ سَكُونُهُ رَضًا فَتَضْمَنُ، وَهَلْ تَضْمَنُ الْكَلَّ أَوْ قَدَّرَ الزَّائِدُ؟ مَحَلُّ تَرَدُّدٍ، وَجَزَمَ "ط"^(٤) بِالثَّانِي.

(١) ((الأم)) ليست في "د".

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٨/أ.

(٣) "الخاتمة": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر - فصل في حبس المرأة نفسها بالمهر ٣٩١/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٧/١.

السَّبع والثَّلاثين، بل الثَّمانِ والأربعين - على ما في "زواهر الجواهر" - التي السُّكُوتُ فيها كالنَّطقِ.

(فرغ) لو زُفَّتْ إليه بلا جِهَازٍ يَلِيقُ به^(١) فله مُطالِبَةُ الأبِ بالنَّقْدِ، "قنية"^(٢).
زاد في "البحر" عن "المبتغى":

[١٢٢٩٣] (قوله: السَّبع والثَّلاثين) قال "ح"^(٣): ((قَدَّمْنَاهَا فِي بَابِ الْوَلِيِّ عَنْ "الْأَشْبَاهِ"^(٤))).

[١٢٢٩٤] (قوله: على ما في "زواهر الجواهر"^(٥)) أي: "حاشيةُ الأشباهِ" للشيخ "صالح" ابنِ مُصَنِّفِ "التَّنْوِيرِ"، فَإِنَّهُ زَادَ عَلَى مَا فِي "الْأَشْبَاهِ" ثَلَاثَ عَشْرَةِ مَسْأَلَةٍ ذَكَرَهَا "الشَّارِحُ" فِي كِتَابِ الْوَقْفِ، "ح"^(٦).

[١٢٢٩٥] (قوله: يَلِيقُ بِهِ) الضَّمِيرُ فِي عِبَارَةِ "الْبَحْرِ"^(٧) عَنْ "الْمُبْتَغَى" عَائِدٌ إِلَى مَا بَعَثَهُ الزَّوْجُ إِلَى الْأَبِ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ، ثُمَّ قَالَ: ((وَالْمُعْتَبَرُ مَا يُتَّخَذُ لِلزَّوْجِ لَا مَا يُتَّخَذُ لَهَا)) اهـ.

(قوله: الضَّمِيرُ فِي عِبَارَةِ "الْبَحْرِ" عَنْ "الْمُبْتَغَى" عَائِدٌ إلخ) ليس في عبارة "البحر" ضميرٌ أصلاً وهي: ((قال في "المُبْتَغَى": مَنْ زُفَّتْ إِلَيْهِ امْرَأَتُهُ بِلا جِهَازٍ فَلَهُ مُطالِبَةُ الْأَبِ بِمَا بَعَثَ إِلَيْهِ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ، وَإِنْ كَانَ الْجِهَازُ قَلِيلاً فَلَهُ الْمُطالِبَةُ بِمَا يَلِيقُ بِالْمُبْعُوثِ)) اهـ. فالمناسبُ أَنْ يَقُولَ: الضَّمِيرُ عَلَى مَا فِي "الْبَحْرِ" عَنْ "الْمُبْتَغَى" إلخ، عَلَى أَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرَادَ بِالْمُبْعُوثِ الزَّوْجُ أَيْ: الْمُبْعُوثُ إِلَيْهِ.

(١) في "د" زيادة: ((قوله: لو زُفَّتْ إِلَيْهِ بلا جِهَازٍ يَلِيقُ بِهِ إلخ، قال في "القاموس": زَفَّ زَوْجَهَا زَفًّا وَزِفَافًا، ككِتَاب: هَدَاها - أَيْ: قَدَّمَهَا - وَالزَّفَّةُ بِالْكَسْرِ: الْيَحْفَةُ تَزَفُّ فِيهَا الْعُرُوسُ)). ق ١٦٥/ب.

(٢) "القنية": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِتَجْهِيزِ الْبَنَاتِ الْأَخْتَانِ وَالْعُرُوسِ ق ٣٨/ب بتصرف.

(٣) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٦٦/ب.

(٤) "الأشباه والنظائر": النوع الثاني من القواعد - القاعدة الثانية عشرة: لا ينسب إلى ساكت قول - المسألة الثانية والثلاثون ص ١٨١ - معزياً إلى "القنية".

(٥) مرت ترجمته ٦١٩/٣.

(٦) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٦٦/ب.

(٧) "البحر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٢٠٠/٣.

((إلا إذا سكّت طويلاً فلا خصومة له))، لكن في "النهر" عن "البرازية":
 ((الصحيح أنه لا يرجع على الأب بشيء؛ لأن المال في النكاح غير مقصود)).....

قلت: وهذا المبعوث يُسمّى في عُرف الأعاجم بالدستيمان كما يأتي^(١).

[١٢٢٩٦] (قوله: إلا إذا سكّت طويلاً) قال "الشارح"^(٢) في كتاب الوقف: ((ولو سكّت بعد الزفاف زماناً يُعرف بذلك رضاه لم يكن له أن يُخاصم بعد ذلك وإن لم يتخذ له شيء))
 اهـ "ح"^(٣). وأشار بقوله: ((يُعرف)) إلى أن المعتبر في الطول والقصر العرف.
 [١٢٢٩٧] (قوله: لكن في "النهر"^(٤)) إلخ ومثله في "جامع الفصولين"^(٥) و"لسان الحكّام"^(٦)
 عن "فتاوى ظهير الدّين المرغيناني"، وبه أفتى في "الحامدية".

قلت: وفي "البرازية"^(٧) ما يُفيد التوفيق حيث قال: ((تزوّجها وأعطاه ثلاثاً ألف دينار الدستيمان وهي بنت مؤسير، ولم يُعط لها الأب جهازاً أفتى الإمام "جمال الدين" وصاحب "الحيط" بأن له مطالبة الجهاز من الأب على قدر العرف والعادة، أو طلب الدستيمان))، قال: ((وهذا اختيار الأئمة، وقال الإمام "المرغيناني": الصحيح أنه لا يرجع بشيء؛ لأن المال في النكاح غير مقصود، وكان بعض أئمة خوارزم يعترض بأن الدستيمان هو المهر المعجل كما ذكره في "الكافي"^(٨) وغيره، فهو مُقابل بنفس المرأة، حتى ملكت حبس نفسها لاستيفائه،

(١) المقولة [١٥٩٧٤] قوله: ((بلا جهاز يليق به)).

(٢) انظر "الدر" عند المقولة [٢٢٠٣٢] قوله: ((ولو سكّت إلخ)).

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٧/١.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٨/١.

(٥) "جامع الفصولين": الفصل العشرون: في دعوى النكاح والمهر والنفقة ودعوى الجهاز وما يتعلق به ٢٦٧/١.

(٦) "لسان الحكام في معرفة الأحكام" لأبي الوليد إبراهيم بن محمد بن محمد، برهان الدين المعروف بابن الشحنة الحلبي (ت ٨٨٢ هـ) ("كشف الظنون" ١٥٤٩/٢، و"هدية العارفين" ٢١/١).

(٧) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الرابع عشر: في دعواه والاختلاف بين الزوجين ١٥٠/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

وفيها: ((الدستيمان)).

(٨) "كافي النسفي": كتاب النكاح - باب المهر ق ١١٥/١.

فكيف يَمْلِكُ الزَّوْجُ طَلَبَ الْجَهَازِ وَالشَّيْءُ لَا يُقَابِلُهُ عِوَضَانٌ؟!، وأجاب عنه "الفقيه" ناقلًا عن "الأستاذ": أَنَّ الدَّسْتِيمَانَ إِذَا أُدْرِجَ فِي الْعَقْدِ فَهُوَ الْمُعْجَلُ الَّذِي ذَكَرْتُهُ، وَإِنْ لَمْ يُدْرِجْ فِيهِ وَلَمْ يُعَقَّدْ عَلَيْهِ فَهُوَ كَاهِلِيَّةٍ بِشَرْطِ الْعِوَضِ، وَذَلِكَ مَا قُلْنَا، وَلِهَذَا قُلْنَا: إِنَّ لَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْعَقْدِ وَزُفَّتْ إِلَيْهِ بِلَا جَهَازٍ، وَسَكَتَ الزَّوْجُ أَيَّامًا لَا يَتِمَكَّنُ مِنْ دَعْوَى الْجَهَازِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ مُحْتَمَلًا وَسَكَتَ زَمَانًا [٣/١٢٤] يَصْلُحُ لِلِاخْتِيَارِ ذَلِكَ أَنَّ الْغَرَضَ لَمْ يَكُنِ الْجَهَازَ)) اهـ ملخصاً.

وحاصله: أَنَّ ذَلِكَ الْمُعْجَلُ لَا يَلَزِمُ كَوْنُهُ هُوَ الْمَهْرَ الْمُعْجَلُ دَائِمًا كَمَا يُوهِمُهُ كَلَامُ "الكافي" حَتَّى يَرِدَ أَنَّهُ مُقَابِلٌ لِنَفْسِهَا لَا بِجَهَازِهَا، بَلْ فِيهِ تَفْصِيلٌ، وَهُوَ أَنَّهُ إِنْ جُعِلَ مِنْ جُمْلَةِ الْمَهْرِ الْمُعْقُودِ عَلَيْهِ فَهُوَ الْمَهْرُ الْمُعْجَلُ، وَهُوَ مُقَابِلٌ لِنَفْسِ الْمَرْأَةِ، وَإِلَّا فَهُوَ مُقَابِلٌ بِالْجَهَازِ عَادَةً، حَتَّى لَوْ سَكَتَ بَعْدَ الزَّفَافِ وَلَمْ يُطْلَبْ جَهَازٌ عَلِمَ أَنَّهُ دَفَعَهُ تَبَرُّعًا بِلَا طَلَبِ عِوَضٍ، وَهُوَ فِي غَايَةِ الْحُسْنِ، وَبِهِ يَحْصُلُ التَّوْفِيقُ، وَاللَّهُ الْمَوْفِقُ.

لَكِنَّ الظَّاهِرَ جَرَيَانُ الْخِلَافِ فِي صُورَةٍ مَا إِذَا كَانَ مُعْقُودًا عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ ذُكِرَ عَلَى أَنَّهُ مَهْرٌ لَكِنَّ مِنَ الْمَعْلُومِ عَادَةً أَنَّ كَثْرَتَهُ لِأَجْلِ كَثَرَةِ الْجَهَازِ، فَهُوَ فِي الْمَعْنَى بَدَلٌ لَهُ أَيْضًا^(١)، وَلِهَذَا كَانَ مَهْرٌ مِّنْ لَا جَهَازَ لَهَا أَقَلُّ مِنْ مَهْرِ ذَاتِ الْجَهَازِ وَإِنْ كَانَتْ أَجْمَلَ مِنْهَا، وَبِجَابِ بَاقٍ أَنَّهُ لَمَّا صَرَّحَ بِكَوْنِهِ مَهْرًا - وَهُوَ مَا يَكُونُ بَدَلُ الْبَضْعِ الَّذِي هُوَ الْمَقْصُودُ الْأَصْلِيُّ مِنَ النِّكَاحِ دُونَ الْجَهَازِ - لَمْ يُعْتَبَرِ الْمَعْنَى، وَسَيَأْتِي^(٢) فِي بَابِ التَّفَقُّعِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى مَزِيدُ بَيَانِ لِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَأَنَّ هَذَا غَيْرُ مَعْرُوفٍ فِي زَمَانِنَا، بَلْ كُلُّ أَحَدٍ يَعْلَمُ أَنَّ الْجَهَازَ لِلْمَرْأَةِ، إِذَا طَلَّقَهَا تَأْخُذُهُ كُلُّهُ، وَإِذَا مَاتَتْ يُورَثُ عَنْهَا، وَإِنَّمَا يَرِيدُ الْمَهْرَ طَمَعًا فِي تَرْبِيَةِ بَيْتِهِ بِهِ وَعَوْدِهِ إِلَيْهِ وَلِأَوْلَادِهِ إِذَا مَاتَتْ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ نَظِيرُ مَا لَوْ تَزَوَّجَهَا بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرٍ الْمَثَلِ عَلَى أَنَّهَا يَكْفُرُ فَإِذَا هِيَ تَيْبٌ، فَقَدْ مَرَّ^(٣) الْخِلَافُ فِي لُزُومِ الزِّيَادَةِ

(١) ((فهو في المعنى بدل له أيضاً)) ساقط من "٣".

(٢) ((المقولة [١٥٩٧٨] قوله: ((فينبغي العمل بما مر)).

(٣) ((المقولة [١٢٠٨٥] قوله: ((ورجح في "البرازية")))).

(نَكَحَ ذِمِّيٌّ) أَوْ مُسْتَأْمِنٌ (ذِمِّيَّةٌ، أَوْ حَرْبِيٌّ حَرْبِيَّةٌ ثَمَّةٌ عِمِّيَّةٌ أَوْ بِلَا مَهْرٍ، بِأَنْ سَكَنَّا عَنْهُ أَوْ نَفْيَاهُ) (وَالْحَالُ أَنَّ) (ذَا جَائِزٌ عَنْهُمْ، فَوُطِّئَتْ أَوْ طُلِّقَتْ قَبْلَهُ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا فَلَا مَهْرَ لَهَا).....

وعديمه بناءً على الخلاف في هذه المسألة، وقد مرَّ^(١) أَنَّ المَرْجَحَ اللُّزُومَ، فلذا كَانَ المَصْحَحُ هُنَا عَدَمَ الرُّجُوعِ بِشَيْءٍ كَمَا مرَّ^(٢) عَنْ "المرغيناني".

مطلب في مهر الكفار

[١٢٢٩٨] (قوله: نَكَحَ ذِمِّيٌّ إلخ) لَمَّا فَرَّغَ مِنْ مُهُورِ الْمُسْلِمِينَ ذَكَرَ مُهُورَ الْكُفَّارِ، وَيَأْتِي بَيَانُ أَنْكِحَتِهِمْ. وَقَوْلُهُ: ((أَوْ مُسْتَأْمِنٌ)) يَشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَوْ عَبَّرَ "الْمُصَنِّفُ" بِالْكَافِرِ لَكَانَ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الْمُسْتَأْمِنَ كَالذِمِّيِّ هُنَا، "نَهْر"^(٤) عَنْ "العناية"^(٥).

[١٢٢٩٩] (قوله: ثَمَّةٌ) أَي: فِي دَارِ الْحَرْبِ.

[١٢٣٠٠] (قوله: عِمِّيَّةٌ) الْمُرَادُ بِهَا كُلُّ مَا لَيْسَ بِمَالٍ كَالذِّمِّ، "بَحْر"^(٦).

[١٢٣٠١] (قوله: وَذَا جَائِزٌ عَنْهُمْ) بِأَنْ كَانَ لَا يَلْزَمُ عَنْهُمْ مَهْرُ الْمُثَلِّ بِالنَّفْيِ وَمَا لَيْسَ

بِمَالٍ.

[١٢٣٠٢] (قوله: قَبْلَهُ) أَي: قَبْلَ الْوُطْءِ.

[١٢٣٠٣] (قوله: فَلَا مَهْرَ لَهَا) هَذَا قَوْلُهُ، وَعِنْدَهُمَا لَهَا مَهْرُ الْمُثَلِّ إِذَا دَخَلَ بِهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا،

(١) المقولة [١٢٠٨٥] قوله: ((وَرَجَّحَهُ فِي "الْبَزَازِيَّةِ").

(٢) فِي هَذِهِ الْمَقُولَةِ.

(٣) "دَرْ" ص ٦١٢-.

(٤) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٨٨/ب.

(٥) "العناية": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ - فَصْل: إِذَا تَزَوَّجَ النَّصْرَانِي نَصْرَانِيَّةً... ٢٥٩/٣ (هَامِشٌ "فَتْحُ الْقَدِيرِ").

(٦) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٢٠١/٣.

ولو أَسْلَمَا أو تَرَافَعَا إلينا؛ لَأَنَّا أَمَرْنَا بِتَرْكِهِمْ وما يَدِينُونَ.

(وَتَثْبُتُ) بَقِيَّةُ (أَحْكَامِ النِّكَاحِ فِي حَقِّهِمْ كَالْمُسْلِمِينَ مِنْ وَجُوبِ النِّفْقَةِ فِي النِّكَاحِ وَوُقُوعِ الطَّلَاقِ وَنَحْوِهِمَا) كَعِدَّةٍ،.....

وَالْمُتْعَةُ لَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الْوَطْءِ، وَقِيلَ: فِي الْمَيْتَةِ وَالسُّكُوتِ رَوَاتَانِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْكُلَّ عَلَى الْخِلَافِ، "هَدَايَةُ"^(١). لَكُنْ فِي "الْفَتْحِ"^(٢): ((أَنَّ ظَاهِرَ الرِّوَايَةِ وَجُوبُ [ب/١٢٤ق/٣] مَهْرِ الْمَثَلِ فِي السُّكُوتِ عَنْهُ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ مُعَاوَضَةٌ، فَمَا لَمْ يُنْصَ عَلَى نَفْيِ الْعَوَضِ يَكُونُ مُسْتَحَقًّا لَهَا، وَذِكْرُ الْمَيْتَةِ كَالسُّكُوتِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مَالًا عَنْدهُمْ، فَذِكْرُهَا لَعَوٍّ))، "نَهْر"^(٣).

[١٢٣٠٤] (قَوْلُهُ: وَلَوْ أَسْلَمَا إلخ) ((لَوْ)) وَصَلِيَّةٌ، وَعِبَارَةٌ "الْفَتْحِ"^(٤): ((وَلَوْ أَسْلَمَا أَوْ رَفَعَ أَحَدُهُمَا إلينا أَوْ تَرَافَعَا)) اهـ. وَلَمْ يَقُلْ: أَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا لِانْفِهَامِهِ بِالْأَوَّلَى.

[١٢٣٠٥] (قَوْلُهُ: لَأَنَّا أَمَرْنَا بِتَرْكِهِمْ) أَي: تَرَكْ إِعْرَاضٍ لَا تَقْرِيرٍ، وَقَوْلُهُ: ((وَمَا يَدِينُونَ)) الْوَأُوَّاءُ لِلْعُطْفِ أَوْ لِلْمُصَاحِبَةِ، فَلَا نَمْنَعُهُمْ عَنْ شَرْبِ الْخَمْرِ وَأَكْلِ الْخَنَزِيرِ وَبَيْعِهِمَا، "ط"^(٥) عَنْ "أَبِي السُّعُود"^(٦).

[١٢٣٠٦] (قَوْلُهُ: وَتَثْبُتُ بَقِيَّةُ أَحْكَامِ النِّكَاحِ) أَي: إِنْ اعْتَقَدَا أَوْ تَرَافَعَا إلينا، "ط"^(٧).

[١٢٣٠٧] (قَوْلُهُ: كَعِدَّةٍ) أَي: لَوْ طَلَّقَهَا وَأَمَرَهَا بِالزُّومِ بَيْتِهَا إِلَى انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا وَرُفْعِ الْأَمْرِ

(قَوْلُهُ: وَقِيلَ: فِي الْمَيْتَةِ وَالسُّكُوتِ رَوَاتَانِ) أَي: عَنْ "الْإِمَامِ".

(قَوْلُهُ: وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْكُلَّ عَلَى الْخِلَافِ إلخ) فِي غَيْرِ أَهْلِ الْحَرْبِ، فَإِنَّ نَفَى الْمَهْرِ بِاتِّفَاقٍ فِيهِمْ اهـ. "سِينْدِي" عَنْ "الْعَيْنِي".

(١) "هَدَايَةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْل: إِذَا تَزَوَّجَ النَّصْرَانِي نَصْرَانِيَةً ٢١٤/١.

(٢) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٢٦٠/٣-٢٦١.

(٣) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ق ١٨٨/ب.

(٤) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٢٥٩/٣.

(٥) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٦٨/٢.

(٦) "فَتْحُ الْمَعِينِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٧١/٢.

(٧) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ الْمَهْرِ ٦٨/٢.

وَنَسَبٍ، وَخِيَارِ بُلُوغٍ، وَتَوَارُثٍ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ، وَحَرَمَةِ مُطَلِّقَةٍ ثَلَاثًا وَنِكَاحٍ حَامَرٍ.
(وَإِنْ نَكَحَهَا بِخَمْرِ أَوْ خَنْزِيرٍ عَيْنٍ) أَي: مُشَارٍ إِلَيْهِ (ثُمَّ أَسْلَمًا أَوْ أَسْلَمَ
أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْقَبْضِ فَلَهَا ذَلِكَ) فَتُخْلَلُ الْخَمْرُ وَتُسَيَّبُ الْخَنْزِيرُ،.....

إِلَيْنَا حَكَمْنَا عَلَيْهَا بِذَلِكَ، وَكَذَا لَوْ طَلَبَتْ نَفَقَةَ الْعِدَّةِ أَلَزَمْنَاهُ بِهَا، "رَحْمَتِي".

[١٢٣٠٨] (قَوْلُهُ: وَنَسَبٍ) أَي: يَثْبُتُ نَسَبٌ وَلَدِيهِ فِيمَا يَثْبُتُ بِهِ النَّسَبُ بَيْنَنَا، "رَحْمَتِي".

[١٢٣٠٩] (قَوْلُهُ: وَخِيَارِ بُلُوغٍ) أَي: لَصْغِيرٍ وَصَغِيرَةٍ إِذَا كَانَ الْمُرُوجُ غَيْرَ الْأَبِّ وَالْجَدِّ،

"ط" ^(١).

[١٢٣١٠] (قَوْلُهُ: وَتَوَارُثٍ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ) هُوَ مَا يُقَرَّانِ عَلَيْهِ إِذَا أَسْلَمَا، بِخِلَافِ نِكَاحٍ

مَحْرَمٍ أَوْ فِي عِدَّةٍ مُسَلِّمٍ كَمَا سَيَأْتِي ^(٢) فِي الْفَرَائِضِ.

[١٢٣١١] (قَوْلُهُ: وَحَرَمَةِ مُطَلِّقَةٍ ثَلَاثًا إلخ) فَيُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا وَلَوْ بِمِرْفَاعَةٍ أَحَدِيهِمَا، وَأَمَّا لَوْ كَانَا

مَحْرَمَيْنِ فَلَا يُفَرَّقُ إِلَّا بِمِرْفَاعَتِهِمَا كَمَا سَيَأْتِي ^(٣) فِي نِكَاحِ الْكَافِرِ.

[١٢٣١٢] (قَوْلُهُ: قَبْلَ الْقَبْضِ) أَمَّا بَعْدُهُ فَلَيْسَ لَهَا إِلَّا مَا قَبِضَتْهُ وَلَوْ كَانَ غَيْرَ مُعَيَّنٍ وَقَتَ

الْعَقْلِ، "نَهْر" ^(٤).

[١٢٣١٣] (قَوْلُهُ: فَلَهَا ذَلِكَ) هَذَا قَوْلُ "الْإِمَامِ"، وَقَالَ "الثَّانِي": لَهَا مَهْرُ الْمُثَلِّ فِي الْمَعْيَنِ

وغيرِهِ، وَقَالَ "الثَّالِثُ": لَهَا الْقِيَمَةُ فِيهِمَا، "نَهْر" ^(٥).

[١٢٣١٤] (قَوْلُهُ: وَتُسَيَّبُ الْخَنْزِيرُ) كَذَا فِي "الْفَتْح" ^(٦)، قَالَ "الرَّحْمَنِيُّ": ((وَالأُولَى: فَتَقْتُلُ

الْخَنْزِيرَ)).

(١) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٨/٢.

(٢) المقولة [٣٧٥٠٠] قوله: ((وَكُلُّ نِكَاحٍ إلخ)).

(٣) المقولة [١٢٥٧٧] قوله: ((أَوْ تَزَوَّجَهَا قَبْلَ زَوْجٍ آخَرَ إلخ)).

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٨/ب.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٨٨/ب.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٦٢/٣.

ولو طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَهَا نِصْفُهُ (و) لها (في غيرِ عَيْنٍ قِيَمَةُ الْخَمْرِ وَمَهْرُ الْمَثَلِ فِي الْخَنْزِيرِ) إِذَا اخْتُدَّ قِيَمَةُ الْقِيَمِيِّ كَأَخَذَ عَيْنَهُ.....

[١٢٣١٥] (قوله: ولو طَلَّقَهَا إلخ) قال في "الفتح"^(١): ((ولو طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ فِي الْمَعِينِ لَهَا نِصْفُهُ عِنْدَ "أَبِي حَنِيفَةَ"، وَفِي غَيْرِ الْمَعِينِ فِي الْخَمْرِ لَهَا نِصْفُ الْقِيَمَةِ، وَفِي الْخَنْزِيرِ الْمُتَعَةُ، وَعِنْدَ "مُحَمَّدٍ" لَهَا نِصْفُ الْقِيَمَةِ بِكُلِّ حَالٍ، لِأَنَّهُ أَوْجَبَ الْقِيَمَةَ فَتَنْصَفُ، وَعِنْدَ "أَبِي يُوسُفَ" - وَهُوَ الْمُوجِبُ لِمَهْرِ الْمَثَلِ - لَهَا الْمُتَعَةُ؛ لِأَنَّ مَهْرَ الْمَثَلِ لَا يَنْتَصَفُ)) اهـ.

[١٢٣١٦] (قوله: إِذَا اخْتُدَّ قِيَمَةُ الْقِيَمِيِّ إلخ) يَأْنُهُ: أَنَّ اخْتُدَّ الْمَثَلُ فِي الْمُثْلِيِّ أَوِ الْقِيَمَةِ فِي الْقِيَمِيِّ بِمَنْزِلَةِ اخْتُدَّ الْعَيْنِ، وَالْخَمْرُ مُثْلِيٌّ، فَأَخُذُ قِيَمَتِهِ لَيْسَ كَأَخُذِ عَيْنِهِ بِخِلَافِ الْقِيَمَةِ فِي الْقِيَمِيِّ كَالْخَنْزِيرِ، فَلِذَا أَوْجِبْنَا فِيهِ مَهْرَ الْمَثَلِ، وَأُورِدَ مَا لَوْ شَرَى ذِيٍّ مِنْ ذِيٍّ^(٢) دَارًا بِخَنْزِيرٍ، فَإِنَّ لَشَفِيعِهَا الْمُسْلِمَ أَخَذَهَا [١٢٥٥/٣] بِقِيَمَةِ الْخَنْزِيرِ، وَأُجِبَ بِأَنَّ قِيَمَةَ الْخَنْزِيرِ كَعَيْنِهِ لَوْ كَانَتْ بَدَلًا عَنْهُ كَمَسْأَلَةِ النِّكَاحِ، وَالْقِيَمَةُ فِي الشَّفْعَةِ بَدَلٌ عَنِ الدَّارِ لَا عَنِ الْخَنْزِيرِ، وَإِنَّمَا صُمِرَ إِلَيْهَا لِلتَّقْدِيرِ بِهَا لَا غَيْرِ. وَاعْتَرَضَ بِأَنَّ الْقِيَمَةَ فِي النِّكَاحِ أَيْضًا بَدَلٌ عَنِ الْغَيْرِ وَهُوَ الْبُضْعُ، وَالْمَصِيرُ إِلَيْهَا لِلتَّقْدِيرِ، وَالْجَوَابُ مَا قَالُوا مِنْ أَنَّهُ لَوْ أَنَاهَا بِقِيَمَةِ الْخَنْزِيرِ قَبْلَ الْإِسْلَامِ أُجِبَتْ عَلَى الْقَبُولِ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ لَهَا حَكْمُ الْعَيْنِ، فَكَانَتْ مِنْ مُوجِبَاتِ تِلْكَ التَّسْمِيَةِ، وَبِالْإِسْلَامِ تَعَدَّرَ اخْتُدَّ الْقِيَمَةِ، فَأَوْجِبْنَا مَا لَيْسَ مِنْ مُوجِبَاتِهَا وَهُوَ مَهْرُ الْمَثَلِ، فَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ قِيَمَةَ الْخَنْزِيرِ بَدَلٌ عَنْهُ فِي النِّكَاحِ بِمَنْزِلَةِ عَيْنِهِ، وَلِذَا أُجِبَتْ الْمَرْأَةُ عَلَى قَبُولِهَا قَبْلَ الْإِسْلَامِ لَا بَعْدَهُ بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الدَّارِ، وَلَوْ سُلِّمَ عَدَمُ الْفَرْقِ فَقَدْ

٣٦٨/٢

(قوله: والجواب ما قالوا: من أنه لو أناهَا إلخ) الأَوْضَحُ فِي الْجَوَابِ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ مُلِكَتْ بِالْخَنْزِيرِ، وَبِإِسْلَامِهَا، أَوْ أَحَدِهِمَا انْقَلَبَ إِلَى لُزُومِ الْمَالِ فَلَمْ يَجِبِ الْمَالُ إِلَّا عَوَضًا عَنِ الْخَنْزِيرِ فَعَدَلْنَا عَنْهُ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ اهـ.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب المهر ٢٦٣/٣.

(٢) ((من ذمي)) ساقط من "الأصل".

(فروغ) الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن حدٍّ أو مهرٍ، إلا في مسألتين:.....

يُجَابُ بما مرَّ^(١) آخرَ الزَّكَاةِ في باب العاشر من أنَّ جوازَ الأخذِ بالقيمةِ في الدَّارِ لضرورةِ حقِّ الشَّفيعِ، ولا ضرورةَ هنا لإمكانِ إيجابِ مهرِ المثل.

[١٢٣١٧] (قوله: الوطء في دار الإسلام) أي: إذا كان بغيرِ ملكِ اليمين، واحتَرَزَ عن الوطءِ في دارِ الحرب، فإنَّه لا حدَّ فيه، وأمَّا المهرُ فلم أرهُ.

[١٢٣١٨] (قوله: إلا في مسألتين) كذا في "الأشباه"^(٢) من النكاح، وفيها^(٣) من أحكام غَيْبِيَةِ الحَشَفَةِ: ((أَنَّ الْمُسْتَنَى ثَمَانِ مَسَائِلَ))، فزادَ على ما هنا: ((الذَّمِيَّةُ إِذَا نَكَحَتْ بِغَيْرِ مَهْرٍ ثُمَّ أَسْلَمَا وَكَانُوا يَدِينُونَ أَنَّ لَا مَهْرَ فَلَا مَهْرَ، وَالسَّيِّدُ إِذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ مِنْ عَبْدِهِ فَلَا أَصْحُ أَنَّ لَا مَهْرَ، وَالْعَبْدُ إِذَا وَطِئَ سَيِّدَتَهُ بِشَبْهَةٍ فَلَا مَهْرَ أَخَذًا مِنْ قَوْلِهِمْ فِيمَا قَبْلَهَا: إِنَّ الْمَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ ذَنْبًا، وَكَذَا لَوْ وَطِئَ حُرِّيَّةً أَوْ وَطِئَ الْجَارِيَةَ الْمُوقُوفَةَ عَلَيْهِ، أَوْ وَطِئَ الْمَرْهُونَةَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ ظَانًّا الْحِلَّ))، قال: ((ينبغي أَنَّ لَا مَهْرَ فِي الثَّلَاثَةِ الْأَخِيرَةِ، وَلَمْ أَرَهُ الْآنَ)) اهـ.

ونَقَلَ "ح"^(٤) عن حدود "البحر"^(٥) في نوعٍ ما لا حدَّ فيه لِشَبْهَةِ المحلِّ: ((أَنَّ مِنْ هَذَا النَّوعِ وَطْءُ الْمَبِيعَةِ فَاسِدًا قَبْلَ الْقَبْضِ لَا حَدَّ فِيهِ لِبَقَاءِ الْمَلِكِ، أَوْ بَعْدَهُ لِأَنَّ لَهُ حَقَّ الْفَسْخِ، فَلَهُ حَقُّ الْمَلِكِ فِيهَا، وَكَذَا الْمَبِيعَةُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِبَقَاءِ مَلِكِهِ، أَوْ لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّهَا لَمْ تَخْرُجْ

(قوله: وكذا لو وطئ حُرِّيَّةً إلخ) في "شرح الأشباه": ((قيل: لَمْ يَبَيَّنِ الْوَطْءُ هَلْ هُوَ بِشَبْهَةٍ أَوْ لَا، بِعَقْدٍ فِي دَارِ الْحَرْبِ أَوْ دَارِ الْإِسْلَامِ، وَالظَّاهِرُ: أَنَّهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ)) اهـ. وحاصله: إِنَّ وَطْءَ الْمُسْلِمِ حُرِّيَّةً سِوَاكَ كَانَ بِشَبْهَةٍ، أَوْ عَقْدٍ فِي دَارِ الْحَرْبِ لَا مَهْرَ؛ لِأَنَّ دَارَهُمْ تَمَنَعُ مِنْ حَرَيَانِ الْأَحْكَامِ وَلَوْ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَالْوَاطِئُ فَكَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ مُسْلِمًا فَعَلِيهِ الْمَهْرُ إلخ.

(١) المقولة [٨٣٠٠] قوله: ((بخلاف الشفعة إلخ)).

(٢) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني - كتاب النكاح ص ٢٠٦.

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثالث - أحكام غيبة الحشفة ص ٣٩٨ - بتصرف.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٧/١.

(٥) "البحر": كتاب الحدود - باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجهه ١٢/٥.

صبيٌ نَكَحَ بلا إذنٍ^(١) وطاوَعَتْهُ؛.....

عن مَلِكِهِ بِالْكَلْبَةِ)) اهـ.

قال "ح"^(٢): ((وهل لا مهر في هذه الأربع؟ إطلاق "الشَّارَح" يُشعرُ بذلك، فليُراجع)).
قلت: أمَّا الأولى فداخلة [٣/١٢٥ب] في مسألة بيع الأَمَةِ قبل التَّسليم فلا مهر، ومثلها المَبِيعَةُ بخيارٍ للبائع؛ لأنَّ وطئها يكونُ فسحاً للبيع، أمَّا المَبِيعَةُ فاسداً بعد القبض فينبغي لزومُ المهرِ لوقوع الوطءِ في ملكٍ غيره، وكذا المَبِيعَةُ بخيارٍ للمشتري إنَّ أمضى البيع، فافهم.
[١٢٣١٩] (قوله: صبيٌ نَكَحَ إلخ) في "الخاتِية"^(٣): ((المرادُ إذا تزَوَّجَ بلا إذنٍ وليِّه امرأةً ودخلَ بها، فردَّ أبوه نكاحها قالوا: لا يجبُ على الصَّبِيِّ حَدٌّ ولا عُقْرٌ، أمَّا الحدُّ فلمكانِ الصَّبَا، وأمَّا العُقْرُ فلائنها إنما زَوَّجَتْ نَفْسَها منه مع علمِها أنَّ نكاحَهُ لا يَنفُذُ، فقد رَضِيتُ بِبُطْلانِ حَقِّها)) اهـ.

وكذا لو زَنَى بِثَيِّبٍ وهي نائمةٌ فلا حَدٌّ عليه ولا عُقْرٌ، أو بِبِكْرٍ بالغَةٍ دَعَتْهُ إلى نفسها وأزالَ عُذْرَتَها، وعليه المهرُ لو مُكْرَهَةً أو صغيرةً أو أَمَةً ولو بأمرِها؛ لعدمِ صَحَّةِ أمرِ الصَّغِيرَةِ في إسقاطِ حَقِّها وأمرِ الأَمَةِ في إسقاطِ حَقِّ المولى، ولا مهرٌ عليه بإقراره بالرَّزَا. اهـ.
"هندية"^(٤) ملخصاً.

(قوله: إطلاق "الشَّارَح" يُشعرُ بذلك إلخ) ليس في عبارة "شارِحنا" ما يُفيدُ عَدَمَ المَهرِ في هذه الأربع كُلِّها بل بَعْضُها.

(١) في "د" زيادة: ((قوله: صبيٌ نَكَحَ بلا إذنٍ إلخ، في "الفتاوى الظهيرية": من القسم السابع من فصل المهر: صبيٌ أو مجنونٌ جامع امرأةً ثَيِّباً وهي نائمةٌ فلا مهر، ولو كانت بكراً فاقضَها فعليه مهرٌ مثلها، انتهى. ومعلومُ أنَّ لا حَدَّ لعدمِ التكليف، فتزاد هذه على المستثنيات. "حموي"). ق ١٦٦/أ.

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب المهر ق ١٦٧/أ.

(٣) "الخاتِية": كتاب النكاح - فصل في شرائط النكاح ٣٤٢/١-٣٤٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الفصل الثالث عشر: في تكرار المهر ٣٢٥/١.

وبائع أمته^(١) قبل تسليم^(٢)، ويسقط من الثمن ما قابل البكارة، وإلا فلا. تدافعت جارية مع أخرى، فأزالت بكارتها لزمتها^(٣) مهر المثل.....

[١٢٣٢٠] (قوله: وبائع أمته) أي: إذا وطئها قبل التسليم إلى المشتري لا حدَّ عليه ولا مهر؛ لأنه من شهة المحل؛ لكونها في ضمانه ويده؛ إذ لو هلكت عادت إلى ملكه، والخراج بالضمان، فلو وجب عليه المهر استحقته^(٤).

[١٢٣٢١] (قوله: ويسقط) أي: عن المشتري، ويثبت له الخيار كما لو أتلَّف جزءاً منها، "ولولائية"^(٥).

[١٢٣٢٢] (قوله: وإلا فلا) أي: وإن لم تكن بكارة فلا يسقط شيء، ولا خيار له أيضاً، ورؤي عن "الإمام" أنَّ له الخيار، "ولولائية"^(٦).

[١٢٣٢٣] (قوله: تدافعت جارية إلخ) تقدّم^(٧) الكلام عليها أوّل الباب.

(١) في "و": ((أمة)).

(٢) في "د" زيادة: ((قوله: بائع أمته قبل التسليم إلخ، في "الولولائية" من الفصل الرابع - الجزء الثالث بعد كلام: وإن كان البائع هو الذي وطئها وهي بكر أو ثيب، فإنَّ على قول الإمام لا يغرَّم العقر، ولكن إذا كانت بكرًا فنقصها الوطء تسقط حصّة البكارة عن المشتري من الثمن، وكان له الخيار فيما بقي بمنزلة ما لو أتلَّف جزءاً منها، وإن كانت ثيباً لم يسقط شيء من الثمن عن المشتري ولا خيار له، ورؤي عن الإمام أنه له الخيار، انتهى).

أقول: لم يتعرض في "الولولائية" لسقوط الحدِّ، وإنما تعرَّض لسقوط المهر، ولا يلزم من سقوطه سقوط الحدِّ، وإنما سقط لشبهة المحل؛ لأنَّ المبيع قبل التسليم من ضمان البائع، ويعود إلى ملكه باهلاك قبل التسليم، وكأنَّ الولولائي لم ينبه على سقوط الحدِّ لظهوره. (حموي). ق ١٦٦/أ.

(٣) في "ب": ((لزمت)).

(٤) في هامش "م": ((قوله: فلو وجب عليه المهر استحقته) أي: لأنَّ المهر يصير من الزوائد المنفصلة، وهي مملوكة لمن يده يث ضمان، فكأنَّنا أوجبت المهر عليه لنفسه)).

(٥) "الولولائية": كتاب البيوع - الفصل الرابع فيما يجير البائع على تسليم المبيع ٣/ ١٧٢ ب.

(٦) "الولولائية": كتاب البيوع - الفصل الرابع فيما يجير البائع على تسليم المبيع ٣/ ١٧٢ ب.

(٧) المقولة [١٨٩٨] قوله: ((نهر "بخّا")).

لأبي الصَّغِيرَةِ المطالبة بالمهر، وللزَّوْجِ المطالبة بتسليمها إنْ تَحَمَّلَتِ الرَّجُلُ،.....

مطلب: لأبي الصَّغِيرَةِ المطالبة بالمهر

[١٢٣٢٤] (قوله: لأبي الصَّغِيرَةِ المطالبة بالمهر) ولو كان الزَّوْجُ لا يَسْتَمِيعُ بها كما في "الهندية"^(١) عن "التجنيس"، والصَّغِيرَةُ غيرُ قَيْدٍ، ففي "الهندية"^(٢): ((للأب والجد والقاضي قبضُ صدق البكرِ صغيرة كانت أو كبيرة، إلا إذا نهته وهي بالغة صحَّ النهي، وليس لغيرهم ذلك، والوصي يملك ذلك على الصَّغِيرَةِ، واليِّبُ البالغة حقُّ القبض لها دون غيرها)) اهـ. وشمل قوله: ((وليس لغيرهم)) الأم، فليس لها القبض إلا إذا كانت وصية، وحينئذٍ فطالبُ الأم إذا بلغت دون الزَّوْج كما أفاده في "الهندية"^(٣)، "ط"^(٤).

قلت: أي: تطالبُ الأم إذا ثبتَ القبضُ بغير إقرارِ الأم؛ لما في "البرازية"^(٥) وغيرها: ((أدركت وتطلبت المهر من الزَّوْج، فادعى الزَّوْجُ أنه دفعه إلى الأب في [١٢٦٣/٣] صغرها وأقرَّ الأب به لا يصحُّ إقراره عليها؛ لأنه لا يملكُ القبض في هذه الحالة، فلا يملكُ الإقرار به، وتأخذُ

(قوله: ففي "الهندية": للأب والجد والقاضي قبضُ صدق البكرِ إلخ) فيه أن ما في "الهندية" إنما أفاد أن للأب القبض، ولا يفيد أن له المطالبة، فالأولى الاستدلال بما في "البحر" عن "الدخيرة": ((لأب المخاصمة مع الزَّوْج في مهر البكرِ البالغة، كما له أن يقبضه)) اهـ.

(١) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الفصل الحادي عشر: في منع المرأة نفسها بمهرها والتأجيل في المهر وما يتعلق بهما ٣١٩/١.

(٢) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الفصل الحادي عشر: في منع المرأة نفسها بمهرها والتأجيل في المهر وما يتعلق بهما ٣١٩/١ وفيه: ((البتت البالغة)) بدل ((اليب البالغة)).

(٣) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الفصل الحادي عشر: في منع المرأة نفسها بمهرها والتأجيل في المهر وما يتعلق بهما ٣١٩/١.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب المهر ٦٩/٢.

(٥) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثامن: في نكاح الصغار ١٢٤/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

من الزوج، ولا يرجع على الأب؛ لأنه أقرَّ بقَبْضِ الأب في وقت له ولاية قبضه، إلا إذا كان قال عند الأخذ: أبرأتك من مهرها، ثم أنكرت البنت له الرجوع هنا على الأب)) اهـ.

وفيها^(١): ((قبض الولي المهر، ثم ادعى الرّد على الزوج لا يُصدّق إذا كانت بكراً؛ لأنه يلي القبض لا الرّد، ولو ثيباً يُصدّق؛ لأنه أمين ادعى ردّ الأمانة)) اهـ.

وفيها^(٢): ((قبض الأب مهرها وهي بالغة أو لا وجهزها، أو قبض مكان المهر عيناً ليس

(قوله) ولا يرجع على الأب إلخ أي فيما إذا هلك في يده، وإلا فله الرجوع عليه به؛ فقد ذكر في "التنوير" من الوكالة: ((ادعى أنه وكيل الغائب قبض دينه فصنعه الغريم أمر بدفعه، فإن حضر الغائب فصلّقه فيها وإلا أمر بدفع الدين إليه ثانياً، ورجع به على الوكيل إن باقياً في يده ولو حكماً بأن استهلكه، وإن ضاع لا إلا إذا كان ضميته عند النفع بقدر ما يأخذه الدائن ثانياً لا ما أخذه الوكيل؛ لأنه أمانة لا تجوز بها الكفالة، أو قال له: قبضت منك على أنني أبرأتك من الدين فهو كما قال الأب للحنن عند أخذ مهر ابنته: أخذ منك على أنني قد أبرأتك من مهر ابنتي، فإن أخذته البنت ثانياً رجعت الحنن على الأب فكذا هذا "برازية")) اهـ. وفي "قرو عيون الأخيار" ما نصه: ((كان وجهه: أن كلاً من القايض والدافع متصادقان على الوكالة عن الدائن، وقول القايض: قبضت منك على أنني أبرأتك يحتمل أن يُريد براءة الاستيفاء، أو براءة الإسقاط، فإن كانت براءة الإسقاط فقد جعلها في مقابلة ما قبضه، وإن كانت براءة الاستيفاء فكأنه اعترف بأنه استوفى ما عليه من الدين، فإذا رجح الدائن بدنيته يرجع عليه بما قبضه في مقابلة الإسقاط؛ لأنه بمنزلة البيع فقد التزم له السلامة بأخذ البذل، وكذلك في براءة الاستيفاء؛ لأنه حيث أخذ منه تبين بطلان استيفائه فيرجع عليه بما استوفى، وهو مُشكّل لأن في زعمهما أن المستوفي ثانياً ظالم باستيفائه، وأنه قد برئت ذمّة الدّينون بقبض الوكيل، وأن الوكيل أمين فيما قبض فما وجه الرجوع عليه في مثل هذه الصورة، وكذا مسألة الحنن إلخ)).

(قوله) وفيها قبض الأب مهرها إلخ هذا ظاهر في البكر البالغة اهـ.

(١) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثامن: في نكاح الصغار ١٢٤/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل الثامن: في نكاح الصغار ١٢٠/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

قال "البرزاري": ((ولا يُعتبر السنُّ، فلو تسَلَّمَهَا فَهَرَبَتْ لم يلزمه طُلُبُهَا)). خَدَعَ^(١) امرأةً وأخذَهَا حِسْماً إلى أن يَأْتِيَ بها أو يُعَلِّمَ موتَهَا. المهرُ مهرُ السَّرِّ، وقيل: العلانية.....

لها أن لا تُجِزَ^(٢)؛ لأنَّ ولايةَ قبضِ المهرِ إلى الآباءِ، وكذا التَّصَرُّفُ فيه)) اهـ.

لكن في "الهندية"^(٣): ((لو قبضَ مهرُ البالغةِ ضَيْعَةً فلم تَرْضَ أنْ جَرَى التَّعَارُفُ بذلك جازَ له، وإلا فلا ولو بِكْرًا))، وتَمَامُ مسائلِ قبضِ المهرِ في "البحر"^(٤) و"النهر"^(٥) أوَّلُ بابِ الأولياءِ.

[١٢٣٢٥] [قوله: قال "البرزاري"^(٦) إلخ] عبارته: ((ولا يُجِزُ الأبُّ على دَفْعِ الصَّغِيرَةِ إلى الزَّوْجِ، ولكن يُجِزُ الزَّوْجُ على إيفاءِ المعجَّلِ، فإن زَعَمَ الزَّوْجُ أنها تتَحَمَّلُ الرِّجَالُ وأنكَرَ الأبُّ فالقاضي يُرِيها النِّسَاءَ، ولا يُعْتَبَرُ السَّنُّ)) اهـ.

قلت: بل في "التتارخانية"^(٧): ((البالغة إذا كانت لا تتحمل لا يؤمر بدفعها إلى الزوج)).

مطلب في مهر السَّرِّ ومهر العلانية

[١٢٣٢٦] [قوله: المهرُ مهرُ السَّرِّ إلخ] المسألة على وجهين:

(١) في "د" زيادة: ((الحَدُّع، قال في "القاموس": وأحده: أوثقه إلى الشيء، وحمله على المخادعة. وكُمُظَّم: المجرَّب، وقد خُدِعَ مراراً، واغتدع: رضي بالحَدُّع. والمخادعة في الآية الكريمة [سورة البقرة/٩]: إظهارُ غيرِ ما في النفس، وذلك أنهم أبطأوا الكفر وأظهروا الإيمان.)) اهـ. ق ١٦٦/أ.

(٢) في "ب": ((تجبر)) بالراء، وهو خطأ.

(٣) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح - الباب السابع في المهر - الفصل الحادي عشر في منع المرأة نفسها بمهرها ٣١٩/١ بصرف.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١١٨/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب الأولياء ق ١٦٩/أ.

(٦) "البرزاري": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر في المهر ١٣٢/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "التتارخانية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في نكاح الصغار والصغار وتسليمهم إلى الأزواج وتصرف الأولياء

في المهر ٣٥/٣ معزياً إلى "المحيط".

الأول: تواضعاً في السرِّ على مهرٍ، ثمَّ تعاقداً في العلانية بأكثرَ والجنسُ واحدٌ، فإن اتَّفقا على المواضعة فالمهرُ مهرُ السرِّ، وإلاَّ فالمسمى في العقدِ ما لم يَرِهِنَّ الزَّوْجُ على أنَّ الزَّيَادَةَ سُمْعَةٌ، وإن اختلفَ الجنسُ فإنَّ لم يَتَّفقا على المواضعةَ فالمهرُ هو المسمى في العقدِ، وإن اتَّفقا عليها انعقدَ بمهرِ المثل، وإنَّ تواضعاً في السرِّ^(١) على أنَّ المهرَ دنانيرُ، ثمَّ تعاقداً في العلانية على أنَّ لا مهرَ لها فالمهرُ ما في السرِّ من الدنانيرِ؛ لأنَّه لم يوجد ما يُوجبُ الإعراضَ عنها، وإنَّ تعاقداً على أنَّ لا تكونَ الدنانيرُ مهرًا لها، أو سكَّنا في العلانية عن المهرِ انعقدَ بمهرِ المثل.

الوجه الثاني: أن يتعاقدا في السرِّ على مهرٍ، ثمَّ أقرَّا في العلانية بأكثرَ، فإن اتَّفقا أو أشهد أنَّ الزَّيَادَةَ سُمْعَةٌ فالمهرُ ما دُكِرَ عند العقدِ في السرِّ، وإن لم يُشهدْ فعندهما المهرُ هو الأولُ، وعنده هو "الثاني"، ويكونُ جميعُهُ زيادةً^(٢) على الأولِ لو مِن خلافِ جنسيه، [٣/١٢٦ق/ب] وإلاَّ فالزَّيَادَةُ بقدرِ ما زادَ على الأولِ. اهـ ملخصاً من "الذَّخيرة".

والحاصلُ في الوجه الأول أنَّ العقدَ إنما جَرَى في العلانية فقط، وفي الوجه الثاني بالعكس، أو جَرَى مرَّتَيْن: مرَّةً في السرِّ ومرَّةً في العلانية كما قدَّمناه^(٣) مبسوطاً عن "الفتح" عند قول "المصنِّف":

(قوله: وإن اتَّفقا عليها انعقدَ إلخ) يُنظَرُ الفرقُ بين هذه المسألة؛ حيثُ انعقدَ فيها بمهرِ المثل، وبين المسائلِ بعدها؛ حيثُ بُتِّت ما في السرِّ في الأولى منها، ومهرُ المثل في الثانية والثالثة أعني: ما إذا تعاقدا على أنَّ لا تكونَ الدنانيرُ مهرًا لها أو سكَّنا في العلانية في المهرِ، والله أعلم.

(١) من ((على مهر)) إلى ((في السر)) ساقط من "٣".

(٢) في هامش "٣": ((قوله: ويكونُ جميعُهُ زيادةً إلخ) أي: لو عقدَ في السرِّ على مائةِ درهمٍ وفي العلانية على مائةِ دينارٍ يجبُ المهران جميعاً، ويكونُ الثاني زيادةً على الأولِ، ولو عقداً على مائةِ درهمٍ ثمَّ في العلانية على مائتي درهمٍ يجبُ المهرُ الثاني فقط، وتكونُ المائةُ زيادةً على المهرِ الأولِ فقط؛ لاختلافِ الجنسِ في الأولِ واتِّحاده في الثانية، وما قدَّمناه عن "الفتح" من الاختلافِ في أنه يلزمُ المهران أو المهرُ الثاني يمكنُ حمله على هذا التفصيلِ، فتندفعُ المخالفةُ، والله تعالى أعلم، منه)).

(٣) "در" ٣٨١- وما بعدها.

المؤجل إلى الطلاق يتعجل بالرجعي، ولا يتأجل بمراجعتها، ولو وهبته المهر على أن يتزوجها فأبى فالمهر باق نكحها أو لا، ولو وهبته لأحد ووكّله بقبضه صح، ولو أحالت به إنساناً ثم وهبته للزوج.....

((وما فرض بعد العقد أو زيد لا يتنصف))، وفيه نوع مخالفة لما هنا يمكن دفعها بإمعان النظر.

[١٢٣٢٧] (قوله: المؤجل إلى الطلاق) احتراز عن المهر المؤجل إلى مدة معلومة، فإنه يبقى إلى أجله بعد الطلاق، وقوله: ((يتعجل بالرجعي))، أي: مطلقاً أو إلى انقضاء العدة كما هو قول عامة المشايخ، وعلى الأول لا يتأجل لو راجعها، وليس الرجعي بقيد، بل البائن مثله بالأولى، وقدمنا^(١) تمام الكلام على ذلك عند قوله: ((ولها من الوطء إلخ)).

[١٢٣٢٨] (قوله: ولو وهبته المهر إلخ)^(٢) أي: لو قال لمطلقته: لا أتزوجك حتى تهبني ما لك علي من مهر، ففعلت على أن يتزوجها فأبى فالمهر عليه تزوج أم لا^(٣)، "بزازية"^(٤). وقوله: ((فأبى)) أي: قال: لا أتزوجك، فيكون ردّاً للهبة، فلذا بقي المهر عليه وإن تزوجها بعد الإباء.

[١٢٣٢٩] (قوله: ولو وهبته لأحد) أي: غير الزوج؛ لأن هبة الدين لمن عليه الدين تصح مطلقاً، أمّا هبته^(٥) لغيره فلا تصح ما لم يُسلطه على قبضه، فيصير كأنه وهبه حين قبضه، ولا يصح إلا بقبضه كما في "جامع الفصولين"^(٦).

(١) للمقولة [١٢١٩٠] قوله: ((ولها من الوطء إلخ)) وما بعدها.

(٢) في "د" زيادة: ((صورتها كما في "الخلاصة")) ق ١٦٦/أ.

(٣) في "د" زيادة: ((انتهى. مدني)). ق ١٦٦/أ.

(٤) "البزازية": كتاب النكاح - الفصل الثاني عشر: في المهر، الجنس الأول: في الاختلاف ١٣٢/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) في "ب": ((هبة))، وهو خطأ.

(٦) "جامع الفصولين": الفصل العشرون في دعوى النكاح ودعوى المهر والنفقة ودعوى الجهاز وما يتعلق به ٢٦١/١.

لم تصح^(١)، وهذه حيلة من يريد أن يهب، ولا تصح.

[١٢٣٣٠] (قوله: لم تصح) أي: الهبة.

[١٢٣٣١] (قوله: وهذه حيلة إلخ) أفاد أنها غير فاصرة على المهر، و^(٢) فيها بُعد؛ لاشتراط رضا المديون بالحوالة، فإذا كان طالباً للهبة لا يرضى بالحوالة، إلا أن يُصورَ فيمن يجهل أن الحوالة تمنع من صحة الهبة، وأجاب "الشارح" في مسائل شتى آخر الكتاب: ((بأنه يتمكن المحال من مطالبة المديون برفعه إلى من لا يشترط قبوله))، أي: كمالكي المذهب، تأمل.

ومن الخيل شراء شيء مفلوف من زوجها بالمهر قبل الهبة، أي: ثم تردده بعدها بخيار رؤية، أو يُصالحها إنسان عن المهر بشيء مفلوف قبل الهبة كما في "البحر"^(٣) عن "القنية"^(٤)، والأخيرة أحسن، والله تعالى أعلم.

(١) في "د" و "و": ((لم يصح)).

(٢) الواو ساقطة من "ب".

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب المهر ١٦١/٣ توضيح من ابن عابدين.

(٤) "القنية": كتاب المداينات - باب ما يتعلق بالأجل ... ق ١٦٣/أ.

﴿بابُ نكاحِ الرقيق﴾

هو المملوك.....

﴿بابُ نكاحِ الرقيق﴾

لَمَّا فَرَعَ مَنْ نَكَحَ مَنْ لَهُ أَهْلِيَّةُ النِّكَاحِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ شَرَعَ فِي بَيَانِ مَنْ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَهُوَ الرَّقِيقُ، وَقَدَّمَهُ عَلَى الْكَافِرِ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ غَالِبٌ [٣/١٢٧ق/١] فِيهِمْ، "نَهْر" ^(١).

[١٢٣٣٢] (قَوْلُهُ: هُوَ الْمَمْلُوكُ) فِي "الصَّحَاح" ^(٢): ((الرَّقِيقُ: الْمَمْلُوكُ، يُطْلَقُ عَلَى الْوَاحِدِ وَالْجَمْعِ))، قَالَ فِي "الْبَحْر" ^(٣): ((وَالْمَرَادُ هُنَا الْمَمْلُوكُ مِنَ الْآدَمِيِّ؛ لِأَنَّهُمْ قَالُوا: إِنَّ الْكَافِرَ إِذَا أُسِيرَ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَهُوَ رَقِيقٌ لَا مَمْلُوكٌ، وَإِذَا أُخْرِجَ فَهُوَ مَمْلُوكٌ أَيْضًا، فَعَلَى هَذَا فَكُلُّ مَمْلُوكٍ مِنَ الْآدَمِيِّ رَقِيقٌ لَا عَكْسُهُ)) اهـ.

وَعَلَيْهِ فَلَمَرَادُ بِالرَّقِيقِ هُنَا الرَّقِيقُ الْمَحْرُورُ بَدَارِنَا، فَالْأَمَةُ إِذَا أُسِيرَتْ وَلَمْ تُخْرِجْ إِلَى دَارِنَا لَوْ تَزَوَّجَتْ لَا يَتَوَقَّفُ نِكَاحُهَا بَلْ يَبْطُلُ؛ لِأَنَّهُ لَا مُحْزِرَ لَهُ وَقْتَ وَقْعِهِ كَمَا فِي "النَّهْر" ^(٤) بِحَثٍّ، قُلْتُ: قَدْ يَقَالُ: إِنَّ لَهُ مُحْزِرًا وَهُوَ الْإِمَامُ؛ لِأَنَّ لَهُ بَيْعَهَا قَبْلَ الْإِخْرَاجِ وَبَعْدَهُ، فَتَأْمَلْ.

﴿بابُ نكاحِ الرقيق﴾

(قَوْلُهُ: قَالَ فِي "الْبَحْر": وَالْمَرَادُ هُنَا الْمَمْلُوكُ مِنَ الْآدَمِيِّ (إِلخ) عِبَارَتُهُ: ((وَالرَّقِيقُ فِي اللُّغَةِ: الْعَبْدُ، وَيُقَالُ لِلْعَبْدِ، كَذَا فِي "الْمُغْرِب"، وَالْمَرَادُ بِهِ (إِلخ)).

(قَوْلُهُ: قُلْتُ: قَدْ يَقَالُ: إِنَّ لَهُ مُحْزِرًا (إِلخ) الظَّاهِرُ اعْتِمَادُ مَا فِي "النَّهْر"؛ فَإِنَّ الْأَمَةَ قَبْلَ الْإِخْرَازِ لَا وِلَايَةَ وَلَا يَمْلِكُ أَحَدٌ عَلَيْهَا. نَعَمْ عَلَى مَا قَالَهُ "الشَّافِعِيُّ" يَتَّجُهُ مَا قَالَهُ "الْمُحْشِي" فَإِنَّ عِنْدَهُ يَبْتَنِي الْمَلِكُ فِيهَا مُمَحْرَرًا الْفَرِيعَةَ، وَلِلْإِمَامِ الْبَيْعُ وَالتَّزْوِيجُ، فَإِذَا فَعَلَ الْإِمَامُ ذَلِكَ عَنْ اجْتِهَادٍ نَفَذَ، كَمَا يَأْتِي فِي الْجِهَادِ، وَبَحَثُ "النَّهْر" مَنظُورٌ فِيهِ لِقَوَاعِدِ الْمَذْهَبِ.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق/١٨٨ ب.

(٢) "الصحيح": مادة ((رقق)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢٠٢.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق/١٨٨ ب.

كُلًّا أَوْ بَعْضًا، وَالْقِنْ: الْمَمْلُوكُ كُلًّا.

(تَوَقَّفَ نِكَاحُ قِنْ،.....)

[١٢٣٣٣] (قَوْلُهُ: كُلًّا أَوْ بَعْضًا) شَمِلَ الْمُبْعُضَ وَالْمَمْلُوكَ مُلْكًا نَاقِصًا كَالْمَكَاتِبِ وَمَنْ وَجَدَ لَهُ

سَبَبَ الْحَرِّيَّةِ كَالْمُدَبِّرِ وَأُمَّ الْوَلَدِ.

[١٢٣٣٤] (قَوْلُهُ: وَالْقِنْ: الْمَمْلُوكُ كُلًّا) أَخْرَجَ الْمُبْعُضَ، لَكِنْ دَخَلَ فِيهِ الْمَكَاتِبُ وَالْمُدَبِّرُ وَأُمُّ

الْوَلَدِ لِدُخُولِهِمْ فِي الْمَمْلُوكِ، وَفِي "الْمَغْرِب"^(١): ((الْقِنْ مِنْ الْعَبِيدِ: مَنْ مِلْكٌ هُوَ وَأَبَوَاهُ، وَكَذَلِكَ الْإِثْنَانُ وَالْجَمْعُ وَالْمُوْتُ، وَأَمَّا أَمَةٌ قَتَّةٌ فَلَمْ نَسْمَعْهُ، وَعَنْ "ابْنِ الْأَعْرَابِيِّ"^(٢): عَبْدٌ قِنْ: خَالِصُ الْعِبَادَةِ، وَعَلَيْهِ قَوْلُ الْفُقَهَاءِ؛ لِأَنَّهُمْ يَعْنُونَ بِهِ خِلَافَ الْمُدَبِّرِ وَالْمَكَاتِبِ)) اهـ.

فَالْمُنَاسِبُ مَا فِي "الرَّحْمَنِ": ((مَنْ أَنَّ الْقِنْ: الْمَمْلُوكُ مُلْكًا تَامًّا لَمْ يَتَّعِدْ لَهُ سَبَبَ الْحَرِّيَّةِ))،

قَالَ "ح"^(٣): ((ثُمَّ اعْلَمْ أَنَّ كُلًّا مِنَ الرَّقِّ وَالْمَلِكِ كَامِلٌ وَنَاقِصٌ، فَفِي الْقِنْ كَامِلَانِ، وَفِي مُعْتَقِ الْبَعْضِ نَاقِصَانِ، وَفِي الْمَكَاتِبِ كَمُلُ الرَّقِّ، وَفِي الْمُدَبِّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ كَمُلُ الْمَلِكِ)).

[١٢٣٣٥] (قَوْلُهُ: تَوَقَّفَ نِكَاحُ قِنْ) أَطْلَقَ فِي نِكَاحِهِ فَشَمِلَ مَا إِذَا تَزَوَّجَ بِنَفْسِهِ أَوْ زَوْجَهُ

غَيْرُهُ، وَفِيْدَ بِالنِّكَاحِ لِأَنَّ التَّسْرِيَّ حَرَامٌ مُطْلَقًا، قَالَ فِي "الْفَتْحِ"^(٤): ((فَرَعَ مَهْمٌ لِلتَّحَار: رِمَا يَدْفَعُ لِعَبْدِهِ جَارِيَةً لِيَتَسَرَّى بِهَا، وَلَا يَجُوزُ لِلْعَبْدِ أَذْنُ لَهُ مَوْلَاهُ أَوْ لَا، لِأَنَّ حِلَّ الْوَطْءِ لَا يَثْبُتُ شَرْعًا إِلَّا بِمِلْكِ الْيَمِينِ أَوْ عَقْدِ النِّكَاحِ، وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ مِلْكٌ يَمِينٍ، فَانْخَصَرَ حِلُّ وَطْءِهِ فِي عَقْدِ

(قَوْلُهُ: فَالْمُنَاسِبُ مَا فِي "الرَّحْمَنِ" مِنْ أَنَّ الْقِنْ: الْمَمْلُوكُ الْخ) لَعَلَّ مُرَادَ "الشَّارَحِ" بِالْمَمْلُوكِ كُلًّا مَا كَانَ

مِلْكُهُ تَامًّا، وَحِينَئِذٍ يَدْخُلُ فِي الْقِنْ: الْمَكَاتِبُ، وَالْمُدَبِّرُ، وَأُمُّ الْوَلَدِ؛ لِانْتِقَادِ سَبَبِ الْحَرِّيَّةِ فَيُرْجَعُ لِمَا قَالَهُ "الرَّحْمَنِي".

(١) "المغرب": مادة ((قِنْ)).

(٢) أَبُو سَعِيدٍ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ زِيَادٍ الْبَصْرِيُّ (ت ٣٤٠هـ، وَقِيلَ: ٣٤١). ("سِرُّ أَعْلَامِ الْبُلَاءِ" ٤٠٧/١٥، "حَلِيَّةُ الْأَوْلِيَاءِ" ٣٧٥/١٠).

(٣) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ق ١٦٧/أ.

(٤) "الْفَتْح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ٢٦٥/٣.

وَأَمَّةٌ، وَمَكَاتِبٌ، وَمُدَبِّرٌ، وَأُمٌّ وَلَدٍ عَلَى إِجَازَةِ الْمَوْلَى، فَإِنْ أَجَازَ نَفَذَ، وَإِنْ رَدَّ بَطَلَ

النِّكَاحُ)) اهـ "بحر" (١).

[١٢٣٣٦] (قوله: وَأَمَّةٌ) قد علمت أَنَّ الْقَرْنَ يَشْمَلُ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى.

[١٢٣٣٧] (قوله: وَمَكَاتِبٌ) لأنَّ الكتابةَ أَوْجَبَتْ فَكُ الْحَجْرِ فِي حَقِّ الْاِكْتِسَابِ، وَمِنْهُ تَرْوِيجُ أَمَّتِهِ؛ إِذْ بِهِ يَحْصُلُ الْمَهْرُ وَالتَّفَقُّعُ لِلْمَوْلَى بِخِلَافِ تَرْوِيجِ نَفْسِهِ وَعَبِيدِهِ. وَدَخَلَ فِي الْمَكَاتِبِ مُعْتَقٌ (٢) الْبَعْضِ، لَا يَجُوزُ نِكَاحُهُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ مَدْيُونٌ، أَفَادَهُ فِي "الْبَحْرِ" (٣).

[١٢٣٣٨] (قوله: وَأُمٌّ وَلَدٍ) فِي حَكْمِهَا ابْنُهَا مِنْ غَيْرِ مَوْلَاهَا، كَمَا إِذَا [١٢٧ق/٣ب] زَوَّجَ أُمَّ وَلَدِهِ مِنْ غَيْرِهِ فَجَاءَتْ بَوْلَدٍ مِنْ زَوْجِهَا، وَأُمًّا وَلَدُهَا مِنْ مَوْلَاهَا فَحُرٌّ، وَتَمَامُهُ فِي "الْبَحْرِ" (٤).

[١٢٣٣٩] (قوله: فَإِنْ أَجَازَ نَفَذَ الْخُ) إِنْ كَانَ كُلُّ مَنْ فِي الْإِجَازَةِ أَوْ الرَّدِّ قَبْلَ الدُّخُولِ فَالْأَمْرُ ظَاهِرٌ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ فَبِالرَّدِّ يُطَالَبُ الْعَبْدُ بَعْدَ الْعَتَقِ كَمَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ: ((فِيُطَالَبُ الْخُ))، وَفِي الْإِجَازَةِ قَالَ فِي "الْبَحْرِ" (٥) عَنْ "الْحَيْطِ" وَغَيْرِهِ: ((الْقِيَاسُ أَنْ يَجِبَ مَهْرَانُ: مَهْرٌ بِالدُّخُولِ وَمَهْرٌ بِالْإِجَازَةِ كَمَا فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ إِذَا جَدَّدَهُ صَحِيحًا، وَفِي الْاِسْتِحْسَانِ لَا يُلْزَمُهُ إِلَّا الْمُسَمَّى؛ لِأَنَّ مَهْرَ الْمَثَلِ لَوْ وَجِبَ لَوْجِبَ بِاعْتِبَارِ الْعَقْدِ، وَحِينَئِذٍ فَيَجِبُ بَعْقْدُ وَاحِدٍ مَهْرَانُ، وَإِنَّهُ مُتَمَتِّعٌ)) اهـ.

ثُمَّ الْإِجَازَةُ تَكُونُ صَرِيحًا وَدَلَالَةً وَضُرُورَةً كَمَا سَيَأْتِي (٦)، وَفِيهِ رَمْزٌ إِلَى أَنَّ سَكَوَتَهُ بَعْدَ الْعِلْمِ لَيْسَ بِإِجَازَةٍ كَمَا فِي "الْقَهْصَتَانِي" (٧) عَنْ "الْقَنِيَّةِ" (٨).

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٣/٣.

(٢) من ((بخلاف)) إلى ((معتنق)) ساقط من "الأصل".

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٢/٣.

(٤) انظر "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٢/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٤/٣.

(٦) المقولة [١٢٣٦٨] قوله: ((إجازة)).

(٧) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل نكاح القن ٢٩٢/١.

(٨) "القنية": كتاب النكاح - باب فيما يتعلق بنكاح الإماء والعبيد ق ٣٥ب.

فلا مهرَ ما لم يَدْخُلْ بها^(١)، فَيُطَالَبُ بمهرِ المثل بعد عتقه.
ثمَّ المرادُ بالمولى مَنْ له ولاية تزويج الأمةِ كَأبي، وجدٍّ، وقاضٍ، ووصيٍّ، ومُكاتبٍ،

[١٢٣٤٠] (قوله: فلا مهر) تفریع على قوله: ((بطل))، "ح"^(٢)، أي: لا مهر على العبد ولا مهر للأمة.

[١٢٣٤١] (قوله: فَيُطَالَبُ) جواب شرطٍ مقدَّر، أي: فإنْ دَخَلَ فَيُطَالَبُ، فافهم.
[١٢٣٤٢] (قوله: مَنْ له ولاية تزويج الأمة) أي: وإنْ لم يكن مالکاً لها، "بحر"^(٣). وشَمِلَ الوارثَ والمشتريَّ، فلو مات الوليُّ أو باعَهُ فأجازَ سيِّدُهُ الوارثُ أو المشتريُّ يجوزُ، وإلاَّ فلا كما أُشِيرَ إليه في "العماديَّة"، "قهستاني"^(٤). وشَمِلَ الشَّرِيكَينِ، فلو زَوَّجَ أحدهما الأمةَ ودَخَلَ الزَّوْجُ فإنْ رَدَّ الآخرُ فله نصفُ مهرِ المثل وللمزَّوجِ الأقلُّ من نصفِهِ ومن نصفِ المسمَّى، "بحر"^(٥).
[١٢٣٤٣] (قوله: كَأبي) أي: أبا اليتيم، فإنه يزَوَّجُ أُمَّتَهُ، وكذا جدَّهُ، وكذا وصيُّه والقاضي، "ح"^(٦)؛ لأنَّه من بابِ الاكتساب، "فتح"^(٧).

[١٢٣٤٤] (قوله: ومُكاتبٍ) لأنَّه - كما تقدَّم - يجوزُ له تزويجُ أُمَّتِهِ لكونِهِ من الاكتساب لا عبْدِهِ، "ط"^(٨). وخرَجَ العبدُ المأذونُ، فلا يَمْلِكُ تزويجَ الأمةِ أيضاً، "بحر"^(٩). ومثْلُهُ الصَّبِيُّ المأذونُ، "درر"^(١٠).

(١) ((بها)) ليست في "ب" و"و" و"ط".

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٧/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٣/٣ بتصرف.

(٤) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل في نكاح القن ٢٩٢/١

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٣/٣ بتصرف.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٧/أ.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٦٤/٣.

(٨) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٠/٢.

(٩) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٣/٣ باختصار.

(١٠) "الدرر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق والكافر ٣٥٢/١.

ومُفَاوِضٍ، وَمُتَوَلٍّ، وَأَمَّا الْعَبْدُ فَلَا يَمْلِكُ تَرْوِيجَهُ إِلَّا مَنْ يَمْلِكُ إِعْتَاقَهُ، "دَرَر" (٢)(١).....

[١٢٣٤٥] (قوله: وَمُفَاوِضٍ) فَإِنَّهُ يُزَوِّجُ أَمَةً الْمَفَاوِضَ لَا عِبْدَهَا، "ح" (٣) عَنْ "الْقَهْطَسْتَانِي" (٤).

بِخِلَافِ شَرِيكَ الْعِنَانِ، فَلَا يَمْلِكُ تَرْوِيجَ الْأَمَةِ كَمَا مَرَّ (٥)، وَكَذَا الْمُضَارِبُ كَمَا فِي "الْبَحْرِ" (٦).

[١٢٣٤٦] (قوله: وَمُتَوَلٍّ) ذِكْرُهُ فِي "النَّهْرِ" (٧) بِحُثٍّ حَيْثُ قَالَ: ((وَلَمْ أَرَ حَكَمَ نِكَاحٍ رَقِيقٍ يَبْتَئِ الْمَالُ وَالرَّقِيقُ فِي الْغَنِيمَةِ الْمُحَرَّرَةِ بَدَارَنَا قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَالْوَقْفِ إِذَا كَانَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ وَالتَّوَلَّى، وَيَنْبَغِي أَنْ يَصْحَ فِي الْأَمَةِ دُونَ الْعَبْدِ كَالْوَصِيِّ، ثُمَّ رَأَيْتُ فِي "الْبِرَازِيَّةِ" (٨): لَا يَمْلِكُ تَرْوِيجَ الْعَبْدِ إِلَّا مَنْ يَمْلِكُ إِعْتَاقَهُ)) اهـ، أَيْ: فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ [١/٢٨٨ ق/٣] لَا يَصْحَقُ فِي الْعَبْدِ، وَأَمَّا فِي الْأَمَةِ فَيَنْبَغِي الْجَوَازُ تَخْرِيجًا عَلَى الْوَصِيِّ كَمَا قَالَ، وَلَعَلَّ "الشَّارَحَ" اقْتَصَرَ عَلَى التَّوَلَّى وَلَمْ يَذْكُرِ الْإِمَامَ لِأَنَّ أَحْكَامَ الْوَصِيِّ وَالتَّوَلَّى يُسْتَقَيَانِ (٩) مِنْ وَاحِدٍ وَاحِدٍ، لَكِنَّ الْإِمَامَ فِي مَالٍ يَبْتَئِ الْمَالُ مُلْحَقٌ بِالْوَصِيِّ أَيْضًا، حَتَّى إِنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَ عَقَارٍ يَبْتَئِ الْمَالُ إِلَّا فِيمَا يَمْلِكُهُ الْوَصِيُّ، وَلَهُ بَيْعُ عَبْدٍ الْغَنِيمَةِ قَبْلَ الْإِحْرَازِ وَبَعْدَهُ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَمْلِكُ تَرْوِيجَ الْأَمَةِ إِذَا رَأَى الْمَصْلَحَةَ، تَأَمَّلْ.

[١٢٣٤٧] (قوله: وَأَمَّا الْعَبْدُ إلخ) (١٠) يُسْتَنَى مِنْ ذَلِكَ مَا لَوْ زَوَّجَ الْأَبُ جَارِيَةً ابْنَهُ مِنْ عَبْدٍ ابْنِهِ،

(قَوْلُ "الشَّارَحِ": وَمُتَوَلٍّ) فِي "السَّنَدِيِّ": ((وَالْمُرَادُ بِالتَّوَلَّى: التَّوَلَّى عَلَى وَقْفٍ، أَوْ بَيْتِ الْمَالِ)) اهـ تَأَمَّلْ.

(١) "الدَّرَر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ وَالْكَافِرِ ٣٥٢/١ - بِتَصْرِفٍ، وَفِيهَا: ((الْوَلِيُّ)) بَدَلُ ((مُتَوَلٍّ)).

(٢) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((حَاصِلُ مَسْأَلَةِ مَهْرِ الرَّقِيقِ: أَنَّهُ لَا يَخْلُو إِذَا كَانَ يَكُونُ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى، وَكُلٌّ مِنْهُمَا إِذَا كَانَ الْمَوْلَى أَوْ لَا، وَكُلٌّ مِنَ الْأَرْبَعَةِ إِذَا قَبْلَ الدَّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ، وَكُلٌّ مِنَ الثَّمَانِيَةِ إِذَا أَنْ يَقْبَلَ الْبَيْعَ أَوْ لَا. فَهِيَ سِتَّةُ عَشَرَ)). ق ١٦٦ ب.

(٣) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ق ١٦٧ أ.

(٤) "جَامِعُ الرَّمُوزِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ: نِكَاحِ الْقَن ٢٩٢/١.

(٥) الْمُقُولَةُ [١٢٣٤٢] قَوْلُهُ: ((مَنْ لَهُ وَلَايَةُ تَرْوِيجِ الْأَمَةِ)).

(٦) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ٢٠٣/٣.

(٧) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ق ١٨٩ أ.

(٨) "الْبِرَازِيَّةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - الْفَصْلُ الْعَاشِرُ فِي نِكَاحِ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ ١٢٧/٤ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةِ").

(٩) فِي "م": ((مُسْتَقَيَانِ)).

(١٠) هَذِهِ الْمُقُولَةُ عَنْ "الْظَهْرِيَّةِ" كَمَا فِي "د" ق ١٦٦ ب.

(فإن نَكَحُوا بِالْإِذْنِ فَالْمَهْرُ وَالتَّفَقُّعُ عَلَيْهِمْ) أي: على القنِّ وغيره؛ لوجود سبب الوجوب منه (وَيَسْقُطَانِ بِمَوْتِهِمْ) لفوات محل الاستيفاء (وَيَبْعُ قَنٌّ فِيهِمَا لَا) يُبَاعُ (غيره).....

فإنه يجوزُ عند "أبي يوسف" ^(١) بخلاف الوصي ^(٢)، لكن في "المبسوط" ^(٣): ((أنه لا يجوزُ في ظاهرِ الرواية))، فلا استثناء، "بحر" ^(٤).

[١٢٣٤٨] (قوله: وغيره) أي: من مُدبِّرٍ ومُكَاتِبٍ.

[١٢٣٤٩] (قوله: لوجود سبب الوجوب منه) أي: من القنِّ وغيره، فإنَّ العَقْدَ سببٌ لوجوب المهرِ والتَّفَقُّعِ، وقد وُجِدَ من أهله مع انتفاء المانع، وهو حقُّ المولى لإذنيه بالعقد.

[١٢٣٥٠] (قوله: وَيَسْقُطَانِ بِمَوْتِهِمْ) قَيْدٌ سَقُوطَ المهرِ في "البحر" ^(٥) عند قول "الكنز": ((ولو زَوَّجَ عَبْدًا مَأْدُونًا)) بما إذا لم يَرْكُ كَسْبًا، وفي كلام "الشارح" إشارةً إليه، أمَّا التَّفَقُّعُ - ولو مَقْضِيَةً - فَتَسْقُطُ عن الحرِّ بِمَوْتِهِ، فالعبدُ بالأولى.

[١٢٣٥١] (قوله: وَيَبْعُ قَنٌّ) أي: باعَهُ سيِّدُهُ؛ لأنَّه دَيْنٌ تَعَلَّقَ في رَقَبَتِهِ، وقد ظَهَرَ في حقِّ المولى بإذنيه، فيؤمَّرُ ببيعِهِ، فإن امتنعَ باعَهُ القاضي بِحَضْرَتِهِ إِلَّا إذا رَضِيَ أَنْ يُؤَدِّيَ قَدْرَ ثَمَنِهِ، كذا

(قوله: أي: من القنِّ وغيره إلخ) أَرَجَعَ "الرَّحْمَنِيُّ" الضَّمِيرَ في ((منه)) إِلَى المَوْلَى، وذلك لأنَّه لَمَّا أُذِنَ في النِّكَاحِ فَقَدْ وُجِدَ سَبَبُ الْجُوبِ مِنَ المَوْلَى حَيْثُ أُذِنَ لَهُمُ فِي التَّزْوِجِ فَيَكُونُ رَاضِيًا بِتَحْمِيلِ الضَّرِّ فَيَلْزَمُهُ؛ لأنَّه بوجوب المهرِ والتَّفَقُّعِ عَلَيْهِمْ وَجِبَ عَلَى مَوْلَاهُمْ، لكن لا مِن جَمِيعِ مَالِهِ بل مِن عِبْدِهِ الَّذِي أُذِنَ لَهُ، فليس له اخْتِذَ مَا اكْتَسَبَهُ مِنْهُ إِلَّا بَعْدَ الإِيفَاءِ لِلزَّوْجَةِ حَقَّهَا اللَّازِمَ لِلْعَبْدِ بِإِذْنِ السَّيِّدِ اهـ "سيندي".

(١) في "د" زيادة: ((خلافاً لرفر)) ق ١٦٦/ب.

(٢) في "د" زيادة: ((قال في "البحر": وهذا يستثنى من قولهم: لا يجوز للأب تزويج عبد الابن بأن يُقال: إلا من حارية الابن، انتهى. قلت: وكذا يستثنى من قوله: وأما العبد)) ق ١٦٦/ب.

(٣) "المبسوط": كتاب النكاح - باب نكاح الإماء والعبيد ١٢٢/٥.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٣/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٠/٣.

كُمْدِيرٍ بِلِ يَسْعَى، ولو مات مولاه لَزِمَهُ حِمْلُهُ إِنْ قَدَرَ، "نهر" و"قنية". (لكنه يُباعُ في النَّفَقَةِ مِراراً).....

في "المحيط"، "نهر"^(١). واشترط حضرة المولى لاحتمال أن يَفْدِيَهُ، وقد ذَكَرَ في المأذونِ المديون: ((أَنَّ لِلْغَرَمَاءِ اسْتِسْعَاءَهُ أَيْضاً))، قال في "البحر"^(٢) من النَّفَقَةِ: ((وَمُعَاذُهُ أَنَّ زَوْجَتَهُ لو اختارت استسعاءه لنفقة كلِّ يوم أن يكون لها ذلك أيضاً)) اهـ.

قلت: وكذا للمهر.

[١٢٣٥٢] (قوله: كُمْدِيرٍ) أَدَخَلَتِ الْكَافُ الْمُكَاتَبَ وَمُعْتَقَ الْبَعْضِ وَابْنَ أُمِّ الْوَلَدِ كَمَا فِي "البحر"^(٣).

[١٢٣٥٣] (قوله: بِلِ يَسْعَى) لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الْبَيْعَ، فَيُؤَدِّي مِنْ كَسْبِهِ لَا مِنْ نَفْسِهِ، فَلَوْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ صَارَ الْمَهْرُ ذَنْبًا فِي رَقَبَتِهِ، فَيُبَاعُ فِيهِ إِلَّا إِذَا أَدَّى الْمَهْرَ مَوْلَاهُ وَاسْتَخْلَصَهُ كَمَا فِي الْقِنْ، وَقِيَاسُهُ: أَنَّ الْمُدْبِرَ لو عَادَ إِلَى الرَّقِّ بِحُكْمِ شَافِعِيٍّ بَيَّعَهُ أَنْ يَصِيرَ الْمَهْرُ فِي رَقَبَتِهِ، "بحر"^(٤).

٣٧١/٢

[١٢٣٥٤] (قوله: ولو مات مولاه إلخ) في "القنية"^(٥): ((زَوْجٌ مُدْبِرَةٌ امْرَأَةٌ ثُمَّ مَاتَ الْمَوْلَى فَالْمَهْرُ فِي رَقَبَةِ الْعَبْدِ يُؤْخَذُ بِهِ إِذَا عَتَقَ^(٦))) اهـ

وفيه نظر؛ لِأَنَّ حَكْمَهُ السَّعَايَةُ قَبْلَ الْعَتَقِ لَا التَّأَخُّرُ إِلَى مَا بَعْدَ الْعَتَقِ، "بحر"^(٧).

[١٢٨٣/ب] قال في "النهر"^(٨): ((هَذَا مَدْفُوعٌ بِأَنَّ مَا فِي "القنية" فِيهِ إِفَادَةٌ حَكْمٍ سَكَنُوا

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٨٩/أ.

(٢) "البحر": كتاب الطلاق ٢٠٨/٤.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٦/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٦/٣.

(٥) "القنية": كتاب النكاح - باب فيما يتعلق بنكاح العبيد والإماء ق ٣٥/ب.

(٦) في "الأصل": ((أعتق)) وهو الموافق لـ "القنية".

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٦/٣.

(٨) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٨٩/ب.

.....إِنْ تَجَدَّدَتْ.

عنه هو أَنَّ المُدَبِّرَ إِذَا لَزِمَتْهُ السَّعَايَةُ فِي حَيَاةِ الْمَوْلَى فَمَاتَ الْمَوْلَى^(١) هَلْ يُؤَاخَذُ بِالْمَهْرِ بَعْدَ الْعَتَقِ؟ قَالَ: نعم، وهو ظاهرٌ فِي أَنَّهُ يُؤَاخَذُ بِهِ جَمْلَةً وَاحِدَةً حَيْثُ قَدَرَ عَلَيْهِ، وَيُطْلَقُ حَكْمُ السَّعَايَةِ)) اهـ.

أقول: حاصل الجواب أَنَّ المُدَبِّرَ يَسْعَى فِي حَيَاةِ مَوْلَاهُ فِي الْمَهْرِ، أَمَّا بَعْدَ مَوْتِ مَوْلَاهُ فَإِنَّهُ يَسْعَى أَوَّلًا فِي ثُلَاثِي قِيمَتِهِ لِتَخْلِيصِ رَقَبَتِهِ مِنَ الرَّقِّ، وَيَصِيرُ الْمَهْرُ فِي رَقَبَتِهِ يُؤَدِّيهِ بَعْدَ عَتَقِهِ كِلَتَيْنِ الْأَحْرَارَ لَا بِطَرِيقِ السَّعَايَةِ، فَإِنْ وُجِدَ مَعَهُ جَمْلَةٌ أُخِذَ مِنْهُ، وَإِلَّا عُومِلَ مَعَامِلَةَ الْمَدْيُونِ الْمُعْمِرِ، وَلَمَّا كَانَ فَهْمُ ذَلِكَ مِنْ عِبَارَةِ "الْقَنِيَّةِ" فِيهِ خِفَاءٌ عَزَا ذَلِكَ إِلَيْهَا وَإِلَى "النَّهْرِ"، فَافْهَمُ.

[١٢٣٥٥] (قَوْلُهُ: إِنْ تَجَدَّدَتْ) يَعْنِي: إِنْ لَزِمَتْهُ نَفَقَةٌ فَيَبِيعُ فِيهَا، فَلَمْ يَفِرْ ثَمَنُهُ، بِنِهَا عَلَيْهِ مِنَ النَّفَقَةِ بَقِيَّةَ الْفَضْلِ فِي ذِمَّتِهِ، فَيُطْلَبُ بِهِ بَعْدَ الْعَتَقِ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ، فَلَا يُبَايَعُ فِيهِ عِنْدَ السَّيِّدِ الثَّانِي، ثُمَّ إِنْ تَجَمَّعَتْ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ عِنْدَ السَّيِّدِ الثَّانِي يَبِيعُ فِيهَا، وَيُفْعَلُ^(٢) بِالْفَضْلِ كَمَا مَرَّ^(٣)، "ح"^(٤). ووجهُ مَا فِي "الْبَحْرِ"^(٥) عَنْ "المبسوط"^(٦): ((أَنَّ النَّفَقَةَ يَتَجَدَّدُ وَجُوبُهَا بِمَضِيِّ الزَّمَانِ، وَذَلِكَ فِي حَكْمِ دَيْنٍ حَادِثٍ)) اهـ، أَي: أَنَّ مَا تَجَدَّدَ وَجُوبُهُ عِنْدَ السَّيِّدِ الثَّانِي فِي حَكْمِ دَيْنٍ حَادِثٍ فَيُبَايَعُ فِيهِ، بِخِلَافِ مَا تَجَمَّعَ^(٧) عَلَيْهِ وَيَبِيعُ فِيهِ أَوَّلًا، فَإِنَّهُ لَا يُبَايَعُ فِيهِ ثَانِيًا لِاسْتِفَاءِ بَاقِيَةٍ؛ لِأَنَّهُ فِي حَكْمِ دَيْنٍ وَاحِدٍ خِلَافًا لِمَا فِي نَفَقَاتِ "صدر الشريعة"، حَيْثُ يُفْهَمُ مِنْهُ أَنَّهُ يُبَايَعُ فِي الْبَاقِي أَيْضًا كَمَا سَيَأْتِي^(٨) بَيَانُهُ هُنَاكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(١) ((فمات المولى)) ساقط من "الأصل".

(٢) ((ويفعل)) ساقطة من "الأصل".

(٣) فِي الْمَقُولَةِ نَفْسَهَا.

(٤) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ق ١٦٧/ب.

(٥) "البحر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ٢٠٣/٣.

(٦) "المبسوط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نَفَقَةِ الْعَبْدِ ١٩٨/٥ - ١٩٩.

(٧) فِي "أ" وَ"ب" وَ"م": ((تَجَمَّعَتْ)).

(٨) الْمَقُولَةُ [١٦٠٧٧] قَوْلُهُ: ((فَمَا فِي "الدَّرَرِ" [لِح])).

(وفي المهر مرة) ويُطالبُ بالباقي بعد عتقهِ،.....

ثمَّ الظاهر أنَّ هذا مفروضٌ فيما إذا كانت النِّفقة مفروضةً بالتراضي أو بقضاء القاضي؛ لأنها بدون ذلك تسقط. معني المدة كما ذكروه في النفقات، ثم رأيتُ في نفقات "البحر"^(١) صَوْرَ المسألة ب: ((ما إذا فرضَ القاضي لها نفقةَ شهرٍ مثلاً وعجزَ عن أدائها باعه القاضي إن لم يقدره المولى))، وأفادَ أنه إنما يُباعُ فيما يعجزُ عن أدائه لا لنفقة كلِّ يومٍ مثلاً للإضرارِ بالمولى، ولا لاجتماعِ قدرِ قيمته للإضرار بها، وينبغي أن لا يصحَّ فرضُها بتراضيها لحجرِ العبد عن التصرف، ولاتهامِهِ بقصدِ الزيادة لإضرارِ المولى، ولذا فرضَ المسألة في "البحر" فيما إذا فرضَها القاضي، تأمل.

[١٢٥٦٦] (قوله: وفي المهر مرة) فيه أنه لو لزمه [١٢٩ق/٣] مهر آخر عند السيد الثاني كما إذا طلقها ثم تزوجها بيعاً ثانياً، فلا فرق بين المهر والنفقة إلا باعتبار أن النفقة تتجدد عند السيد الثاني ولا بد^(٢) بخلاف المهر، "ح"^(٣) عن شيخه "السيد". وأجاب "ط"^(٤): ((بأنَّ النفقة التي حدثت عند الثاني سببها متحقق عند الأول، فتكرَّر بيعه في شيء واحد بخلاف بيعه في مهر ثانٍ حدث عند الثاني، فإن هذا مسبَّب عن عقدٍ مُستقل، حتَّى توقَّف على إذنيه)) اهـ.

قلت: وحاصله أنَّ النفقة المتجددة عند الثاني وإن كانت في حكم دينٍ حادثٍ - ولذا بيع فيها ثانياً - إلا أنها لمَّا كان سببها متجدداً وهو العقد الأول لم تكن ديناً حادثاً من كلِّ وجه، أمَّا المهر الثاني فهو دينٌ حادثٌ من كلِّ وجهٍ لوجوبه بسببٍ جديدٍ، وأنت خيرٌ بأنَّ هذا جوابٌ إقناعيٌّ.

ثمَّ اعلم أنَّ دين المهر والنفقة عيَّب في العبد، فللمشتري الخيار إن لم يرضَ به.

(١) "البحر": كتاب الطلاق - باب النفقة ١٠٨/٤.

(٢) ((بدن)) ساقطة من "الأصل".

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق١٦٧/ب.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٠/٢.

إِلَّا إِذَا بَاعَهُ مِنْهَا، "حَانِيَّة" (١).

(ولو زَوَّجَ) المولى (أُمَّتَهُ مِنْ عَبْدِهِ.....

(تنبيه)

قال في "البحر" (٢): ((عَلَّلَ في "المعراج" لعدم تكرار بيعه في المهر: بَأْنَهُ يُبْعَ في جميع المهر، فيفيد أنه لو بُعِيَ في مهرها المعجل ثُمَّ حَلَّ الأجلُ يُبَاعُ مرَّةً أخرى؛ لأنَّهُ إِنَّمَا يُبْعَ في بعضه)) اهـ.
أقول: فيه نظر؛ لأنَّهُ يخالفُ لِمَا نَقَلَهُ قَبْلَهُ عن "المبسوط" (٣): ((من أَنَّهُ ليس شيءٌ من دُيُونِ العبدِ ما يُبَاعُ فيه مرَّةً بعد أخرى إِلَّا النِّفْقَةُ؛ لأنَّهُ يتحدَّدُ وجوبُها بمضِيِّ الزَّمانِ إلخ))، ولا يخفى أَنَّ المهرَ المُوجَّلَ كانَ واجباً قَبْلَ حُلُولِ الأجلِ، وإِنَّمَا تَأَخَّرَتِ المطالبةُ إِلَى حُلُولِهِ، فلم يتحدَّدِ الوجوبُ عند المشتري حَتَّى يُبَاعَ ثانياً عنده، ولأنَّهُ يَلْزَمُ أَنَّهُ لو كانَ المهرُ ألفاً مثلاً وقيمةُ العبدِ مائةً فَيُبْعَ بمائةٍ أُنْ يُبَاعَ ثانياً وثالثاً وهكذا؛ لأنَّهُ في كُلِّ مرَّةٍ يُبْعَ في كُلِّ المهرِ، وهو خلافُ ما صرَّحُوا به، ومرادُ "المعراج" بقوله: ((يُبْعَ في جميع المهرِ)) أَنَّهُ إِنَّمَا يُبْعَ لأجلِ جميعِ المهرِ، أي: لأجلِ ما كانَ جميعُهُ واجباً وقتَ البيعِ بخلافِ النِّفْقَةِ الحادثةِ عند الثاني، فَإِنَّهُ لم يُبْعَ فيها عند الأولِ فَيُبَاعُ فيها ثانياً عند الثاني، فلما رُدَّ بَيَانُ الفَرْقِ بَيْنَ المهرِ والنِّفْقَةِ كما صرَّحَ به في "البحر" (٤) من النِّفقاتِ فراجعهُ، فافهم.

[١٢٣٥٧] (قوله: إِلَّا إِذَا بَاعَهُ مِنْهَا) فَإِنَّ ما عَلَيْهَا مِنْ مقدارٍ غَيْرِهِ يَلْتَقِي قِصَاصاً بِقَدْرِهِ ما لها والباقي يسقط؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَا يَسْتَوْجِبُ ذَنْباً عَلَى عَبْدِهِ، "ح" (٥).

[١٢٣٥٨] (قوله: ولو زَوَّجَ المولى أُمَّتَهُ إلخ) [٣/١٢٩ق/ب] حاصِلُهُ تَقْيِيدُ المسألةِ الأولى الَّتِي يُبَاعُ

(١) "الحانية": كتاب النكاح - فصل في نكاح المالك ٣٤٣/١ بتصرف. (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٣/٣-٢٠٤.

(٣) "المبسوط": كتاب النكاح - باب نفقة العبد ١٩٨/٥-١٩٩.

(٤) "البحر": كتاب الطلاق ٢٠٩/٤.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ١٦٧ق/ب.

لا يجبُ المهرُ في الأصحَّ، "ولوالجِية"^(١). وقال "البزَازي"^(٢): ((بل يسقطُ))،.....

فيها القِنْ. بما إذا لم تكن الأُمّةُ أُمّةَ مولى العبد، فهذا كالاستثناء مما قبله، ثمَّ استثنى من هذا الاستثناء ما إذا كانت أُمّةُ المولى مأذونةً مديونةً، فإنه يُباعُ لها أيضاً. وأُطلقَ هنا الأُمّةُ والعبدُ، فشَمِلَ ما إذا كانا قَيْنِ أو مُدَبَّرَيْنِ، أو كانت أُمُّ ولدٍ، أو كان ابنُ أُمٍّ ولدٍ.

[١٢٣٥٩] (قوله: لا يجبُ المهرُ) لاستزامِهِ الوجوبَ لنفسِهِ على نفسِهِ، وهو لا يُعَقَّلُ، وهذا بناءً على أنَّ مهرَ الأُمّةِ يَثْبُتُ للسَّيِّدِ ابتداءً في غيرِ المأذونةِ والمُكَاتَبَةِ ومُعْتَقَةِ البعضِ كما في "النهر"^(٣)، "ح"^(٤). وفي استثناءِ المأذونةِ كلامٌ يأتي قريباً.

[١٢٣٦٠] (قوله: بل يسقطُ) أي: بل يجبُ على السَّيِّدِ ثمَّ يسقطُ بناءً على أنَّ مهرَ الأُمّةِ يَثْبُتُ لها أولاً ثمَّ يَنْتَقِلُ للسَّيِّدِ كما في "النهر"^(٦) عن "الفتح"^(٧)، "ح"^(٨). وفائدةٌ وجوبِهِ لها أنه لو كان عليها دينٌ يَسْتَوْفَى منه وَيُقْضَى ذَيْنِها، قالوا: والأوَّلُ أظهرُ، كذا في "شرح الجامع الكبير"، "يرري" على "الأشباه". وأَيْدُهُ أيضاً في "الدَّرر"^(٩)، وهذا مُؤَيَّدٌ لتصحیح "الولوالجِية"^(١٠) قال في "البحر"^(١١): ((وَلَمْ أَرْ مَنْ ذَكَرَ لِهَذَا اخْتِلَافٍ ثَرَةً، وَعَمَكُنْ أَنْ يُقَالَ: إِنَّهَا تَظْهَرُ فِيمَا لَوْ زَوَّجَ الأبُ أُمّةَ الصَّغِيرِ مِنْ عَبْدِهِ، فَعَلَى الثَّانِي يَصَحُّ، وَهُوَ قَوْلُ "أَبِي يُوسُفَ"، وَعَلَى الْأَوَّلِ لَا يَصَحُّ

(١) "الولوالجِية": كتاب النكاح - الفصل الأول في إذن الولي وإجازته النكاح ق ٤٥/أ.

(٢) "البزَازي": كتاب النكاح - العاشر في نكاح العبد والأمة ١٢٨/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٨٩/ب.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٧/ب.

(٥) للمقولة [١٢٣٦١] قوله: ((وعمل الخلاف [الح])).

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٨٩/أ.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٢/٣.

(٨) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٧/ب.

(٩) "الدَّرر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق والكافر ٣٤٩/١.

(١٠) "الولوالجِية": كتاب النكاح - الفصل الأول في إذن الولي وإجازته النكاح ق ٤٥/أ.

(١١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٥/٣ بتصرف.

ومحلُّ الخلاف إذا لم تكن الأمة مأذونة مديونة، فإن كانت بيعاً أيضاً.....

التزويج، وهو قولهما، وبه جزم في "الولوالجية" ^(١) معللاً: بأنه نكاح للأمة بغير مهرٍ لعدم وجوبه على العبد في كسبه للحال)) اهـ.

واعترضه "الرحماني": ((بأنه لا استحالة في وجوب المال للصغير على أبيه، بخلاف ما لو زوجه ^(٢) من أمة نفسه)).

قلت: وكأنه فهم أن الضمير في قوله: ((من عبده)) للأب مع أنه للصغير كما صرح به في "الظهيرية" ^(٣).

هذا، وجعل العلامة "المقدسي" ثمرة الخلاف قضاءً دينها منه وعدمه، وقال: ((ويترجح القول بالوجوب، ولهذا صححه "ابن أمير حاج")).

[١٢٣٦١] (قوله: ومحلُّ الخلاف إلخ) ذكره في "النهر" ^(٤) بحثاً بقوله: ((وينبغي أن يكون محلُّ الخلاف ما إذا لم تكن الأمة مأذونة مديونة، فإن كانت بيعاً ^(٥) أيضاً، وبدل عليه ما في "الفتح" ^(٦): مهر الأمة يثبت لها ثم ينتقل إلى المولى، حتى لو كان عليها دين فُضي من المهر)) اهـ.

قلت: أنت خير أن قول الفتح: ((يثبت لها إلخ)) هو أحد القولين، فكيف يجعله دليلاً

(١) "الولوالجية": كتاب المأذون ق ٣٢٦/أ.

(٢) في النسخ جميعها: ((زوجه)) بضمير المؤنث، وما أثبتناه هو الصواب الذي يقتضيه السياق، والله أعلم.

(٣) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل الثامن في نكاح العبد والإماء ق ٨٤/أ.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٨٩/أ.

(٥) في "د" زيادة: ((أي: الأمة التي زوجها مولاها من عبده)). ق ١٦٦/ب.

(٦) في "د" زيادة: ((أي: العبد أيضاً، أي: كما يباع لو زوجه أجنبية، وإنما يباع في هذه الصورة؛ لأنه أي: المهر يثبت لها ثم ينتقل للمولى، ومع الحاجة إليه لا ينتقل)). ق ١٦٦/ب.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٢/٣.

لأنه يثبت لها، ثم ينتقل للمولى، "نهر". (فلو باعه سيده بعدما زوجه امرأة فالمهر برقيته.....)

لعدم الخلاف؟! فإن المتبادر من عباراتهم أن قضاء دينها منه مبني على القول بأنه يثبت لها أولاً، أما على القول بأنه يثبت للسيد [١٣٠ ق/٣] ابتداءً فلا قضاء، ولهذا جعله العلامة "المقدس" ثمرة الخلاف كما مر^(١)، فتأمل.

[١٢٣٦٢] (قوله: لأنه يثبت لها) أي: لأن المهر يثبت للأمة مأذونة أو غيرها، ثم ينتقل للمولى إن لم يكن عليها دين، وإلا فلا ينتقل إليه، فالضمير راجع للأمة المذكورة لا بقيد كونها مأذونة، فهو استدلال بالأعم على الأخص، فافهم.

[١٢٣٦٣] (قوله: فالمهر برقيته) وقيل: في ثمنه، والأول الصحيح كما في "المنية"، ولو أعققه كان عليه الأقل من المهر والنفقة كما في "النتف"^(٢)، "قهستاني"^(٣).

(قوله: فهو استدلال بالأعم على الأخص) لكن هذا الاستدلال غير تام؛ إذ كون الأمة لا بقيد كونها مأذونة يثبت لها ثم ينتقل، ليس متفقاً عليه، بل هو مختلف كما علمته مما قرره سابقاً، فكيف يصح جعله دليلاً على مسألة المأذونة المديونة، وأنها محل اتفاق فلا وجه لذكر هذا الاستدلال مع أن صاحب "النهر" لم يستدل به وإنما استدلّ بعبارة "الفتح" السابقة، ثم قال: ((وفي "المحيط": ارتدت قبل الدخول، أو قبلت ابن زوجها قيل: لا يسقط؛ لأن الحق للمولى، وقيل: يسقط؛ لأنه يثبت لها ثم ينتقل إلى المولى)) اهـ.

(قوله: كان عليه الأقل من المهر والنفقة إلخ) عبارة "القهستاني": ((كان عليه الأقل من المهر أو القيمة)) اهـ.

(١) في المقالة السابقة.

(٢) "النتف": كتاب النكاح - نكاح العبد ٢٨٤/١ وفيها: (القيمة) بدل (النفقة).

(٣) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل في نكاح الفتن ٢٩٢/١ وفيه: (القيمة) بدل (النفقة).

يدورُ معه أينما دارَ كذَّينِ الاستهلاكِ) لكنَّ للمرأةِ فسخُ البيعِ لو المهرُ عليه؛ لأنَّه
 ذَيْنُ، فكانتْ كالغُرماءِ، "منح".
 (وقوله لعبدِهِ: طَلَّقْهَا رجعيَّةً.....

[١٢٣٦٤] (قوله: يَدُورُ معه إلخ) أي: يُباعُ فيه وإنْ تداولته الأيدي مراراً.

[١٢٣٦٥] (قوله: كذَّينِ الاستهلاكِ) أي: كما لو استهلكَ مالَ إنسانٍ عند سيِّده.

[١٢٣٦٦] (قوله: لكنَّ للمرأةِ فسخُ البيعِ) ذكره في "البحر" ^(١) بحثاً، ونقله "المصنّف"

في "المنح" ^(٢) عن "جواهر الفتاوى" حيث قال: ((رجلٌ زَوَّجَ غلامَهُ، ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَبْعَهُ بَدُونِ رِضَا
 المرأةِ إِنْ لم يكنْ للمرأةِ على العبدِ مهرٌ فللمولى بيعُهُ، وَإِنْ كانَ فلا إِلَّا بِرِضاها، وهذا كما قلنا في
 العبدِ المأذُونِ المديونِ إذا باعَهُ بَدُونِ رِضا الغرماءِ، فلو أَرَادَ الغريمُ الفسخَ فله أَنْ يفسخَ البيعَ،
 كذلك هنا إذا كانَ عليه المهرُ؛ لأنَّ المهرَ ذَيْنٌ)) اهـ. أمَّا لو كانَ المولى قَضَاهُ عنه فلا فسخَ أصلاً.
 [١٢٣٦٧] (قوله: طَلَّقْهَا رجعيَّةً) مثله: أوقع عليها الطَّلَاقَ أو طَلَّقَهَا تطليقةً تقعُ عليها، "بجر" ^(٣).

(قوله: ذَكَرَهُ في "البحر" بحثاً إلخ) الذي في "البحر" - بعد حكاية ما ذكره "المصنّف" - : ((والقولُ
 الآخرُ عن "القُنية"، وكلُّ من القولين مُشْكِلٌ؛ لأنَّهم جعلوا المهرَ كذَّينِ التَّجَارَةِ، وقد نقلوا في باب
 المأذُونِ: أَنَّ السَّيِّدَ إِذَا باعَ المَدْيُونِ بغيرِ رِضا أصحابِ الدُّيُونِ رَدُّوا البيعَ وأخذوه، وَإِنْ كانَ المُشْتَرِي عَيْبَ
 العبدِ فَهُمُ بالخيارِ إِنْ شاؤوا ضَمَّنُوا السَّيِّدَ قِيَمَتَهُ أو ضَمَّنُوا المُشْتَرِي، أو أجازوا البيعَ وأخذوا الثَّمَنَ
 فكذلك هنا، وليس ذَيْنُ الاستهلاكِ مُخَالِفاً لذَيْنِ التَّجَارَةِ؛ فَإِنَّهُ يُباعُ في الكلِّ)) اهـ. وكذلك في "النهر"
 ذَكَرَ أَحكامَ المأذُونِ المَدْيُونِ بعبارةٍ مَبْسُوطَةٍ، ثُمَّ قال: ((وهذه الأحكامُ تَبَيَّنَتْ في المهرِ أيضاً؛ فَإِنَّهُ
 من جُمْلَةِ الدُّيُونِ)) اهـ. فعلى ما ذكره يُعْنَى ما ذكره "المصنّف" مُشْكِلًا، ولعلَّه روايةٌ في ذَيْنِ المهرِ
 وذَيْنِ الاستهلاكِ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٤/٣.

(٢) "المنح": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام النكاح ١/١٢٩.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٨/٣ نقلاً عن "التبيين" باختصار.

إجازة).

مطلب في الفرق بين الإذن والإجازة

[١٢٣٦٨] (قوله: إجازة) لأنَّ الطَّلَاقَ الرَّجْعِيَّ لا يكونُ إلَّا بعدَ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ، فكان الأمرُ به إجازةً اقتضاءً بخلافِ البائن؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ المَارَكَةَ كما في النِّكَاحِ الفاسدِ والموقوفِ، ويَحْتَمِلُ الإجازةَ، فحُمِلَ على الأدنى. وأشارَ إلى أنَّ الإجازةَ تَثْبُتُ بالدَّلالةِ كما تَثْبُتُ بالصَّرِيحِ وبالضَّرورةِ، فالصَّرِيحُ ك: رَضِيتُ وأَجَزْتُ وأُذِنْتُ ونحوه، والدَّلالةُ تكونُ بالقولِ كقولِ المولى بعدَ بُلُوغِهِ الخَيْرِ: حسنٌ أو صوابٌ أو لا بأسَ به، وبفعلٍ يدلُّ عليها كسَوَّقِ المهرِ أو شيءٍ منه إلى المرأةِ، والضَّرورةُ بنحوِ عتقِ العبدِ أو الأُمّةِ، فالإعتاقُ إجازةٌ، وتُعامَهُ في "البحر" ^(١). ولو أُذِنَ له السَّيِّدُ بعدَما تزوَّجَ لا يكونُ إجازةً، فإنَّ أجازَ العبدَ ما صَنَعَ جازَ استِحساناً، كالفَضوليِّ إذا وُكِّلَ فأجازَ ما صَنَعَهُ قبلَ الوكالةِ، وكالعبدِ إذا زَوَّجَهُ فَضوليًّا فإذِنَ له مولاهُ في التَّزْوِجِ فأجازَ ما صَنَعَهُ الفَضوليُّ، كذا في "الفتح" ^(٢).

أقول: ولعلَّ وجهَهُ أنَّ العَقْدَ إذا وَقَعَ موقُوفاً على الإجازةِ فَحَصَلَ الإذْنُ بعده ملكٌ استئنافُ العَقْدِ، فَمِلِكُ [١٣٠ ق/٣ ب] إجازةُ الموقوفِ بالأوَّلِ، لكنَّ علمتُ أنَّ من الإجازةِ الصَّرِيحَةِ لَفْظُ: أُذِنْتُ، فَيُنَاقِضُ ما ذَكَرَ: ((من أنَّ الإذْنَ بعدَ التَّزْوِجِ لا يكونُ إجازةً))، وأجابَ في "البحر" ^(٣) بِحَمْلِ الأوَّلِ على ما إذا عَلِمَ بالنِّكَاحِ فقال: أُذِنْتُ، والثَّاني على ما إذا لم يَعْلَمْ، وبه جَزَمَ في "النَّهر" ^(٤).

قلت: يظهرُ مما ذَكَرنا الفرقَ بين الإذنِ والإجازةِ، فالإذْنُ لِمَا سَيَقِعُ، والإجازةُ لِمَا وَقَعَ، ويظهرُ منه أيضاً أنَّ الإذْنَ يكونُ بمعنى الإجازةِ إذا كانَ لأمرٍ وَقَعَ وَعِلِمَ به الإذْنُ، وعلى هذا فقولُ "البحر" ^(٥) وغيره: ((الإجازةُ تَثْبُتُ بالدَّلالةِ وبالصَّرِيحِ إلخ)) أنْسَبُ من قولِ "الزَّيْلَعِي" ^(٦): ((الإذْنُ يَثْبُتُ إلخ))، وَعِلِمَ أنَّ "المُصَنِّفَ" لو قال: إذْنٌ بدلَ قولِهِ: ((إجازةً)) لَصَحَّ أيضاً؛ لأنَّ الأمرَ بالطَّلَاقِ

(١) انظر "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٦/٣ - ٢٠٧.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٦/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٨/٣.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ١٨٩ ق/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٧/٣.

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ١٦٢/٢.

لِلنَّكَاحِ الْمَوْقُوفِ (لا طَلَّقَهَا^(١) أو فَارِقَهَا) لِأَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ لِلْمَتَارَكَةِ، حَتَّى لَوْ أَجَازَهُ
بَعْدَ ذَلِكَ لَا يَنْفَعُ بِخِلَافِ الْفُضُولِيِّ.....

يَكُونُ بَعْدَ الْعِلْمِ، وَالْإِذْنِ بَعْدَ الْعِلْمِ إِجَازَةً، فَقَوْلُ "النَّهْرِ"^(٢): ((وَلَمْ يَقُلْ: إِذْنٌ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ لَاحْتِاجٌ
إِلَى الْإِجَازَةِ)) فِيهِ نَظَرٌ، فَتَدَبَّرْ.

٣٧٣/٢

[١٢٣٦٩] (قَوْلُهُ: لِلنَّكَاحِ الْمَوْقُوفِ) يَسْتَفَادُ مِنْ قَوْلِهِ: ((الْمَوْقُوفِ)) أَنَّهُ عَقْدُ فَضُولِيٍّ، فَتَجَرِي
فِيهِ أَحْكَامُ الْفُضُولِيِّ مِنْ صَحَّةِ فسخ الْعَبْدِ وَالْمَرَأَةِ قَبْلَ إِجَازَةِ الْمَوْلَى، وَتَمَامُهُ فِي "النَّهْرِ"^(٣).

[١٢٣٧٠] (قَوْلُهُ: لِأَنَّهُ) - أَيْ: قَوْلُ الْمَوْلَى: طَلَّقَهَا أَوْ فَارِقَهَا - لِأَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ لِلْمَتَارَكَةِ، أَيْ:
فِيَكُونُ رَدًّا، وَيَحْتَمِلُ الْإِجَازَةَ، فَيَحْمِلُ عَلَى الرَّدِّ لِأَنَّهُ أَدْنَى؛ لِأَنَّ الدَّفْعَ أَسْهَلَ مِنَ الرَّفْعِ، أَوْ لِأَنَّهُ
أَلْيَقُ بِحَالِ الْعَبْدِ الْمُتَمَرِّدِ عَلَى مَوْلَاهُ، فَكَانَتْ الْحَقِيقَةُ مَرْكُوبَةً بِدَلَالَةِ الْحَالِ، "بِحَرْ"^(٤) عَنْ
"الْعِنَايَةِ"^(٥). وَعَلَى الثَّانِي يَنْبَغِي لَوْ زَوَّجَتْهُ فَضُولِيًّا فَقَالَ الْمَوْلَى لِلْعَبْدِ: طَلَّقَهَا أَنَّهُ يَكُونُ إِجَازَةً؛ إِذْ
لَا تَمَرُّدٌ مِنْهُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ، "نَهْر"^(٦).

قُلْتُ: التَّعْلِيلُ الْأَوَّلُ يَشْمَلُ هَذِهِ الصُّورَةَ، فَلَا يَكُونُ إِجَازَةً.

[١٢٣٧١] (قَوْلُهُ: حَتَّى لَوْ أَجَازَهُ إلخ) تَفْرِيعٌ عَلَى مَا فَهِمَ مِنَ الْمَقَامِ مِنْ أَنَّ ذَلِكَ رَدٌّ، قَالَ فِي
"الْبَحْرِ"^(٧): ((وَقَدْ عَلِمَ مَا قَرَّرْنَاهُ أَنَّ قَوْلَهُ: طَلَّقَهَا أَوْ فَارِقَهَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِجَازَةً فَهُوَ رَدٌّ، فَيَنْفَسِخُ
بِهِ نِكَاحُ الْعَبْدِ، حَتَّى لَا تَلَحُّفُهُ الْإِجَازَةَ بَعْدَهُ)).

[١٢٣٧٢] (قَوْلُهُ: بِخِلَافِ الْفُضُولِيِّ) أَيْ: إِذَا قَالَ لَهُ الزَّوْجُ: طَلَّقَهَا يَكُونُ إِجَازَةً؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ

(١) فِي "ذ" زِيَادَةٌ: ((قَوْلُهُ: لَا طَلَّقَهَا، قَالَ فِي "الْبَحْرِ": قَيْدٌ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَوْفَعْتُ عَلَيْهَا الطَّلَاقَ كَانَ إِجَازَةً؛ لِأَنَّهُ لَا يَقَالُ
لِلْمَتَارَكَةِ، كَمَا فِي "الْفَتْحِ". وَكَذَا إِذَا قَالَ: طَلَّقَهَا تَطْلِيقًا تَقَعُ عَلَيْهَا تَكُونُ إِجَازَةً؛ لِأَنَّ وَقُوعَ الطَّلَاقِ مَخْتَصٌّ بِالنِّكَاحِ
الصَّحِيحِ، كَمَا فِي "النَّبِيِّينَ". "شَرْيْعِيَّةً"). ق ١٦٦/ب.

(٢) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ق ١٨٩/ب.

(٣) انْظُرْ "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ق ١٨٩/ب.

(٤) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ٢٠٦/٣ بِتَصْرِفٍ.

(٥) "الْعِنَايَةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ٢٦٥-٢٦٦/٣ (هَامِشٌ "فَتْحُ الْقَدِيرِ").

(٦) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ق ١٨٩/ب.

(٧) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ٢٠٧/٣.

(وإذنه لعبدِهِ في النكاح يَنْتَظِمُ جائزُهُ وفاسدُهُ، فبِإِباحَةِ العبدِ لمهرٍ مَنْ نَكَحَهَا فاسداً بعدَ إِذْنِهِ.....)

التَّطْلِيقَ بِالْإِحَازَةِ، فَيَمْلِكُ الْأَمْرَ بِهِ بِخِلَافِ الْمَوْلَى، وَهَذَا مَخْتَارُ صَاحِبِ "الْمَحِيطِ"، وَفِي "الْفَتْحِ"^(١): ((أَنَّهُ الْأَوْجُهُ))، وَمَخْتَارُ "الصَّدْرِ الشَّهِيدِ" وَ"نَجْمِ الدِّينِ النَّسْفِيِّ": ((أَنَّهُ لَيْسَ بِإِحَازَةٍ))، فَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا، وَعَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ إِذَا طَلَّقَهَا الرَّوْجُ، وَفِي "جَامِعِ الْفُصُولِ"^(٢): ((أَنَّ هَذَا الْاِخْتِلَافَ فِي الطَّلَاقِ الْوَاحِدَةِ، أَمَّا لَوْ طَلَّقَهَا [١/٣١٣/٣] ثَلَاثًا فَهِيَ إِحَازَةٌ اتِّفَاقًا، وَعَلَيْهِ فَيَنْبَغِي أَنْ تَحْرَمَ عَلَيْهِ لَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَأَنَّهُ أَجَازَ أَوَّلًا ثُمَّ طَلَّقَ)) اهـ، وَبِهِ صَرَّحَ "الرَّيْلِيُّ"^(٣)، "بَحْرُ"^(٤). [١٢٣٧٣] (قَوْلُهُ: وَإِذْنُهُ لِعَبْدِهِ إِخ) أَطْلَقَهُ فَشَمِلَ مَا إِذَا أُذِنَ لَهُ فِي نِكَاحِ حُرٍّ أَوْ أَمَةٍ مُعَيَّنَةٍ أَوْ لَا، فَمَا فِي "الْهِدَايَةِ"^(٥) مِنَ التَّقْيِيدِ بِالْأَمَةِ وَالْمُعَيَّنَةِ اتِّفَاقِيًّا، "بَحْرُ"^(٦).

[١٢٣٧٤] (قَوْلُهُ: بَعْدَ إِذْنِهِ) مُتَعَلِّقٌ بِ((نَكَحَهَا))، وَقَيَّدَ بِهِ لِمَا يُتَوَهَّمُ أَنَّ قَوْلَهُ: ((وإذنه

(قَوْلُهُ: وَفِي "جَامِعِ الْفُصُولِ"^(١): أَنَّ هَذَا الْاِخْتِلَافَ إِخ) عِبَارَتُهُ: ((الطَّلَاقُ فِي النِّكَاحِ الْمَوْقُوفِ قَبْلَ: إِحَازَةٍ، وَقَبْلَ: لَا، وَقَبْلَ: هَذَا الْاِخْتِلَافُ فِي الطَّلَاقِ الْوَاحِدَةِ، أَمَّا لَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا فَهِيَ إِحَازَةٌ وَفَاقًا، وَقَبْلَ: هَذَا الْاِخْتِلَافُ فِيمَا لَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَبْلُغَهُ الْخَبَرُ، أَمَّا لَوْ بَلَغَهُ الْخَبَرُ فَقَالَ: طَلَّقْتُهَا فَهِيَ إِحَازَةٌ وَفَاقًا)) اهـ. (قَوْلُهُ: مُتَعَلِّقٌ بِ: نَكَحَهَا إِخ) إِشَارَةٌ لِرَدِّ مَا قَالَهُ "ط": ((أَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى قَوْلِهِ: ((بَعْدَ إِذْنِهِ))؛ لِأَنَّهُ مَوْضُوعُ الْمَسْأَلَةِ إِلَّا أَنَّهُ أَشَارَ بِهِ إِلَى أَنَّهُ لَوْ صَدَرَ فَاسِدًا مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ ثُمَّ أُذِنَ كَانَ الْحُكْمُ وَاحِدًا)) اهـ. بَأَنَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِ: نَكَحَهَا، وَقَيَّدَ بِهِ لِمَا يُتَوَهَّمُ أَنَّ قَوْلَهُ: ((وإذنه لعبدِهِ))، يَدْخُلُ فِيهِ الْإِذْنُ بَعْدَ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ: مَا يَكُونُ بَعْدَ الْوُقُوعِ، أَيْ: فَالْصُّورَةُ الْمَذْكُورَةُ لَيْسَ الْحُكْمُ فِيهَا مُسَارِبًا لِمَا فِي "الْمُصَنَّفِ"، وَقَوْلُهُ: ((لِأَنَّ الْإِذْنَ مَا يَكُونُ قَبْلَ الْوُقُوعِ)) لِرَدِّ هَذَا تَوَهُّمِهِ، لَكِنْ فِيمَا قَالَهُ تَأَمَّلْ، إِذْ الْإِذْنُ يُقَالُ لِمَا بَعْدَ الْوُقُوعِ أَيْضًا، وَيَكُونُ إِحَازَةً لِمَا وَقَعَ، كَمَا قَدَّمَهُ. وَالظَّاهِرُ اتِّحَادُ الصُّورَتَيْنِ فِي الْحُكْمِ فَيُظْهِرُ لَزُومَ الْمَهْرِ فِيهِمَا فِي حَقِّ السَّيِّدِ إِلَّا أَنَّ الْإِشَارَةَ الَّتِي ذَكَرَهَا "ط" لِلصُّورَةِ الْمَذْكُورَةِ بِزِيَادَةِ قَوْلِهِ: ((بَعْدَ إِذْنِهِ)) غَيْرُ ظَاهِرَةٍ.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٦٦/٣.

(٢) "جامع الفصولين": الفصل الرابع والعشرون في تصرفات الفضولي وأحكامها ٣١٠/١.

(٣) "تبين الحقائق": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ١٦٢/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٦/٣ - ٢٠٧ بتصرف.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٦/١.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٩/٣ بتصرف.

فوطئها) خلافاً لهما، ولو نوى المولى الصحيح فقط تقيّد به، كما لو نصّ عليه، ولو نصّ على الفاسد.....

لعبيده)) يدخل فيه الإذن بعد النكاح؛ لأن الإذن ما يكون قبل الوقوع على ما مرّ^(١) بيانه، فافهم.

[١٢٣٧٥] (قوله: فوطئها) قيّد به لأن المهر لا يلزم في الفاسد إلا به، "ط"^(٢).

[١٢٣٧٦] (قوله: خلافاً لهما) فعندهما الإذن لا يتناول إلا الصحيح، فلا يطالب بالمهر في الفاسد إلا بعد العتق.

[١٢٣٧٧] (قوله: تقيّد به) أي: ويصدق قضاء وديانة، قال في "النهر"^(٣): ((واعلم أنه ينبغي أن يُقيّد^(٤) الخلاف بما إذا لم ينو المولى الصحيح فقط، فإن نواه تقيّد به أخذاً من قولهم: لو حلف أنه ما تزوّج في الماضي يتناول يمينه الفاسد أيضاً، قال في "التلخيص"^(٥): ولو نوى الصحيح صدّق ديانة وقضاء وإن كان فيه تخفيف رعاية لجانب الحقيقة)) اهـ "نهر"^(٦).

[١٢٣٧٨] (قوله: كما لو نصّ عليه) أي: فإنه يتقيّد به اتفاقاً أيضاً كما بحثه في "البحر"^(٧)

(قوله: كما بحثه في "البحر" إلخ) عبارته: ((وقيّد بكونه أذنه بالنكاح ولم يقيده؛ لأنه لو قيده بأن أذن له في النكاح الفاسد فإنه يتقيّد به اتفاقاً، قال في "البدائع": ولو أذن له في النكاح الفاسد نصّاً ودخل بها فإنه يلزمه المهر في قولهم جميعاً، أمّا على أصل "أبي حنيفة" فظاهر، وأمّا على أصلهما فالنكاح الصّرف إلى الصحيح لضرب دلالة أوجبت إليه، فإذا جاء النص بخلافه بطلت الدلالة، انتهى. ومقتضاه: أنه لو قيّد بالصحيح فإنه يتقيّد به اتفاقاً، وأنه لو تزوّج صحيحاً في صورة التقييد بالفاسد فإنه لا يصح اتفاقاً)) اهـ فتأمل.

(١) المقولة [١٢٣٦٨] قوله: ((إجازة)).

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٢/٢.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٨٩/ب - ق ١٩٠/أ.

(٤) في "ب": ((بقيد))، وهو خطأ.

(٥) أي: "تلخيص الخلاطي على الجامع الكبير" للإمام "عبد". انظر "كشف الظنون" ٤٧٢/١، و"الجواهر المضية" ١٨٠/٣.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٨٩/ب - ق ١٩٠/أ.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٩/٣.

صَحَّ، وَصَحَّ الصَّحِيحُ أَيْضاً، "نهر". (ولو نَكَحَهَا ثانياً) صحيحاً (أو) نَكَحَ (أخرى بعدها صحيحاً وَقَفَ على الإجازة) لانتهاؤِ الإذنِ بمرّةٍ، وإنْ نَوَى مِراراً - ولو مرّتين - صَحَّ؛ لأنَّهما كُلُّ نكاحِ العبدِ،.....

أخذاً بما بعده.

[١٢٣٧٩] (قوله: صَحَّ) أي: فإذا دَخَلَ بها يَلْزُمُهُ المهرُ في قولهم جميعاً، "بحر" ^(١) عن "البدائع" ^(٢).

[١٢٣٨٠] (قوله: وَصَحَّ الصَّحِيحُ أَيْضاً) أي: اتفاقاً، وهذا ما بَحَثَهُ في "النهر" ^(٣) على خلافِ ما بَحَثَهُ في "البحر" ^(٤): ((من أَنَّهُ لا يَصِحُّ اتفاقاً))، وإذا تَأَمَّلْتَ كلامَ كُلِّ منهما يَظْهَرُ لك أَرْجَحِيَّةُ ما في "البحر" كما أَوْضَحْتُهُ فِيمَا عُلِّقْتُه عليه، وَيَأْتِي ^(٥) قريباً بعضُ ذلك.

[١٢٣٨١] (قوله: ولو نَكَحَهَا ثانياً) أي: بعدَ الفاسدِ، وهذا عَطَفٌ على قوله: ((فِيأِغُ إلخ))، فهو أَيْضاً من ثَمَرَةِ الخلافِ؛ لأنَّهُ إذا انتَظَمَ الفاسدُ عنده يَنْتَهِي به الإذنُ، وإذا لم يَنْتَظِمْ لا يَنْتَهِي به عندهما، فله أنْ يَتَزَوَّجَ صحيحاً بعدَهُ بها أو بغيرِها.

[١٢٣٨٢] (قوله: لانتهاؤِ الإذنِ بمرّةٍ) ومثْلُ الإذنِ الأَمْرُ بالتَزْوِيجِ كما لو قال له: تَزَوَّجْ؛ فَإِنَّه لا يَتَزَوَّجُ إِلَّا مرّةً واحدةً؛ لأنَّ الأَمْرَ لا يَقْتَضِي التَّكَرَّارَ، وكذا إذا قال: تَزَوَّجْ امرأةً؛ لأنَّ قوله: امرأةً اسْمٌ لوَاحِدَةٌ من هذا الجنسِ، "بحر" ^(٦) عن "البدائع" ^(٧).

[١٢٣٨٣] (قوله: وإنْ نَوَى مِراراً إلخ) أي: لو قال لعبدِهِ: تَزَوَّجْ، وَنَوَى به مرّةً بعدَ أخرى

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٩/٣.

(٢) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: بيان شرائط الجواز ٢٣٦/٢.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٩/٣.

(٥) المقولة [١٢٣٨٨] قوله: ((لا يملك الصحيح)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٩/٣.

(٧) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: بيان شرائط الجواز ٢٣٦/٢.

وكذا التوكيل بالنكاح (بخلاف التوكيل به) فإنه لا يتناول الفاسد، فلا ينتهي به..

لم يصح؛ لأنه عدد محض، ولو نوى ثنتين يصح؛ لأن ذلك كل نكاح العبد؛ إذ العبد لا يملك التزوج بأكثر من [١٣١٥/٣ ب] ثنتين، "بحر" (١) عن "شرح المغني" لـ "الهندي".

وحاصله: أن الأمر يتضمن المصدر، وهو للفرد الحقيقي أو الاعتباري، أي: جملة ما يملكه دون العدد المحض، كما قالوا في: طلق امرأتي ونوى الواحدة أو الثلاث: يصح دون الثنتين.

[١٢٣٨٤] (قوله: وكذا التوكيل بالنكاح) بأن قال: تزوج لي امرأة لا يملك أن يزوجه إلا امرأة واحدة، ولو نوى الموكّل الأربع ينبغي أن يجوز على قياس ما ذكرنا؛ لأنه كل جنس النكاح في حقه، ولكني ما ظفرت بالنقل، كذا في "شرح المغني" لـ "الهندي" في بحث الأمر، "بحر" (٢)، فافهم. لكن نية الأربع إنما تصح إذا لم يقل: امرأة، أمّا لو قاله كما هو تصوير المسألة قبله فلا كما أفاده "الرحمني"، ويؤيده ما مر (٣) آتفاً عن "البدائع": ((من أن المرأة اسم لواحدة من هذا الجنس)).

[١٢٣٨٥] (قوله: بخلاف التوكيل به) أي: توكيل من يريد النكاح به، وهذا مرتبط بقول المصنف: ((والإذن بالنكاح يتنظم جائزته وفاسده)).

[١٢٣٨٦] (قوله: فإنه لا يتناول الفاسد) لأن النكاح الفاسد ليس بنكاح؛ لأنه لا يفيد شيئاً من أحكام النكاح، ولهذا لو حلف لا يتزوج فتزوج نكاحاً فاسداً لا يحث بخلاف البيع، يجوز في قول "أبي حنيفة"؛ لأن الفاسد بيع يفيد حكم البيع وهو الملك، ويدخل في يمين البيع

(قوله: بخلاف البيع، يجوز في قول "أبي حنيفة" إلخ) عبارة "الخائفة": ((رجل وكل رجلاً أن يزوجه امرأة نكاحاً فاسداً فزوجه امرأة نكاحاً جائزاً لم يجز؛ لأن النكاح الفاسد ليس بنكاح؛ لأنه لا يفيد شيئاً

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٩/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٩/٣.

(٣) المقولة [١٢٣٨٢] قوله: ((لانتفاء الإذن بمرّة)).

به يُفْتَى، والوكيلُ بنكاحٍ فاسدٍ لا يَمْلِكُ الصَّحِيحُ بخلافِ البيعِ، "ابن ملك".
وفي "الأشباه" ^(١) من قاعدة: الأصلُ في الكلامِ الحقيقةُ:.....

فِيحْتُ بِهِ، "حاشية" ^(٢).

[١٢٣٨٧] (قوله: به يُفْتَى) عبارة "البحر" ^(٣): ((فلا ينتهي به اتفاقاً، وعليه الفتوى كما في "المصنفى")، وأسقطَ "الشارح" ((اتفاقاً)) لأنَّ قوله: ((وعليه الفتوى)) يُشعرُ بالخلافِ، وإرجاعُ ضميرِ ((عليه)) إلى الاتفاقِ فيه نظراً؛ إذ لا معنى للإفتاء بالاتفاق، فافهم.

٣٧٤/٢

[١٢٣٨٨] (قوله: لا يَمْلِكُ الصَّحِيحُ) لأنَّه قد يكونُ له غرضٌ في الفاسدِ وهو عدمُ لزومِ المهرِ بمجردِ العقدِ، فإنه لا يَلْزَمُ إلا بالوطءِ، وفي الصَّحِيحِ يَلْزَمُ المهرُ بمجردِ العقدِ، ويتأكَّدُ بالخلوةِ والموتِ ولو بدُونِ وطءٍ، ففيه إلزامٌ على المُوكَّلِ بما لم يَلْزِمْهُ، وهذا يُؤيِّدُ ما بحثَ في "البحر" كما مرَّ ^(٤) عند قوله: ((وصحَّ الصَّحِيحُ أيضاً)).

[١٢٣٨٩] (قوله: بخلافِ البيعِ) أي: بخلافِ الوكيلِ ببيعِ فاسدٍ، فإنه يَمْلِكُ الصَّحِيحُ؛

من أحكامِ النكاحِ، ولهذا لو خَلَفَ أَنْ لا يَتَزَوَّجَ فتَزَوَّجَ نكاحاً فاسداً لا يَحْتُ، وهذا بخلافِ البيعِ إذا وَكَّلَهُ بالبيعِ الفاسدِ فَبَاعَ بيعاً جائزاً جازَ في قولِ "أبي حنيفة" (الخ)، وبهذا تعلَّمُ أَنَّ ما فيها فيما إذا قِيَدَ في الوكَّالَةِ بالفاسدِ، وكلامُهُ فيما إذا أُطْلِقَ، وما فيها مُؤيِّدٌ لبحثِ "البحر".

(قوله: إذ لا معنى للإفتاء بالاتفاق (الخ) لا مانعٌ من إرجاعِ ضميرِ عليه للاتفاقِ، والقصدُ بيانُ أنَّ القولَ بالاتفاقِ هو الصَّحِيحُ المُفْتَى به المُعَوَّلُ عليه في هذه المسألةِ لا القولُ بالخلافِ.

(١) "الأشباه والنظائر": القاعدة الثالثة: اليقين لا يزول بالشك - الأصل في الكلام الحقيقة، ص ٧٨-٧٩ - بتصرف.

(٢) "الخاتمة": كتاب النكاح - الباب الأول: فيما يتعلق به انعقاد النكاح - فصل في الوكالة ٣٤٧/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٩/٣.

(٤) المقولة [١٢٣٨٠] قوله: ((وصحَّ الصَّحِيحُ أيضاً)).

((الإِذْنُ فِي النِّكَاحِ وَالْبَيْعِ، وَالتَّوَكُّلُ بِالْبَيْعِ يَتَنَاوَلُ الْفَاسِدَ، وَبِالنِّكَاحِ لَا،.....

لأنَّ البَيْعَ الْفَاسِدَ يَبْعُ حَقِيقَةً؛ لِإِفَادَتِهِ الْمَلِكَ بَعْدَ الْقَبْضِ بِخِلَافِ النِّكَاحِ الْفَاسِدِ^(١) كَمَا مَرَّ^(٢).

[١٢٣٩٠] (قَوْلُهُ: الإِذْنُ فِي النِّكَاحِ) الْأَوَّلَى^(٣): بِالنِّكَاحِ بِالْبَاءِ، وَالْمَرَادُ الإِذْنُ لِلْعَبْدِ الْمَحْجُورِ، وَهُوَ فُلُكُ الْحَجَرِ^(٤) وَإِسْقَاطُ الْحَقِّ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَهُ أَهْلِيَّةُ التَّصَرُّفِ فِي نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا حُجِرَ عَنْهُ لِحَقِّ الْمَوْلَى، فَبِالإِذْنِ [١٣٢٣/٣] يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ بِأَهْلِيَّتِهِ، وَعِنْدَ "زَفَرٍ" وَ"الشَّافِعِيِّ" هُوَ تَوَكُّلٌ وَإِنَابَةٌ كَمَا سَيَأْتِي^(٥) فِي بَابِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَالظَّاهِرُ: أَنَّ هَذَا غَيْرُ خَاصٍّ بِالْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ يُقَالُ: أَذْنْتُ لِرَبِّدٍ بِأَكْلِ طَعَامِي أَوْ بِسُكْنَى دَارِي، فَفِيهِ فُلُكُ حَجَرٍ وَإِسْقَاطُ حَقٍّ، وَكَذَا يُقَالُ: أَذْنْتُ لَهُ بِبَيْعِ دَارِي، فَيَكُونُ مَعْنَى الإِحْلَالِ وَالْإِعَارَةِ وَالتَّوَكُّلِ، وَإِنَّمَا لَمْ يَكُنْ الإِذْنُ لِلْعَبْدِ تَوَكُّلًا عِنْدَنَا لِمَا عَلِمْتَ مِنْ أَنَّهُ بِالإِذْنِ يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ لَا بِطَرِيقِ النَّيَابَةِ عَنِ الْمَوْلَى.

[١٢٣٩١] (قَوْلُهُ: وَالتَّوَكُّلُ بِالْبَيْعِ) أَي: تَوَكُّلُ أَجْنَبِيٍّ بِهِ، وَقَوْلُ "الْبَحْرِ"^(٦): ((أَشَارَ "المُصَنِّفُ" إِلَى أَنَّ الإِذْنَ بِالْبَيْعِ - وَهُوَ التَّوَكُّلُ بِهِ - يَتَنَاوَلُ الْفَاسِدَ بِالأَوَّلَى اتِّفَاقًا)) يُؤْهِمُ أَنَّ الإِذْنَ هُوَ التَّوَكُّلُ، لَكِنْ قَدْ عَلِمْتَ أَنَّهُ لَيْسَ عَيْنُهُ مُطْلَقًا، بَلْ قَدْ يُطْلَقُ عَلَيْهِ، فَمَرَادُهُ الإِذْنُ الَّذِي مَعْنَى تَوَكُّلِ الْأَجْنَبِيِّ لَا إِذْنَ الْعَبْدِ، تَأَمَّلْ.

[١٢٣٩٢] (قَوْلُهُ: وَبِالنِّكَاحِ لَا) أَي: وَالتَّوَكُّلُ بِالنِّكَاحِ لَا يَتَنَاوَلُ الْفَاسِدَ كَمَا مَرَّ^(٧).

(قَوْلُهُ: لِأَنَّ البَيْعَ الْفَاسِدَ يَبْعُ حَقِيقَةً إلخ) هُوَ وَإِنْ كَانَ بَيْعًا حَقِيقَةً إِلَّا أَنَّهُ لَا يُوجِبُ الْبَدَلَ مُجَرَّدُ الْعَقْدِ، وَقَدْ يَكُونُ لَهُ غَرَضٌ فِيهِ.

(١) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((شُمْنِي)). ق ١٦٧/أ.

(٢) الْمَقُولَةُ [١٢٣٨٦] قَوْلُهُ: ((فَإِنَّهُ لَا يَتَنَاوَلُ الْفَاسِدَ)).

(٣) فِي "م": ((الأَوَّلَى))، وَهُوَ خَطَأً.

(٤) ((وَهُوَ فُلُكُ الْحَجَرِ)) سَاقِطٌ مِنَ "الأَصْلِ".

(٥) انْظُرِ "الدَّر" عِنْدَ الْمَقُولَةِ [٣٠٩٠٣] قَوْلُهُ: ((عَنِ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ)).

(٦) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ٢٠٩/٣.

(٧) الْمَقُولَةُ [١٢٣٨٦] قَوْلُهُ: ((فَإِنَّهُ لَا يَتَنَاوَلُ الْفَاسِدَ)).

واليمينُ على نكاحٍ وصلاةٍ وصومٍ وحجٍّ وبيعٍ إنْ كانتْ على الماضي يتناولُهُ^(١)، وإنْ على المستقبلِ لا)).
(ولو زَوَّجَ عبداً له مأذوناً مديوناً صحَّ،.....)

[١٢٣٩٣] (قوله: واليمينُ على نكاحٍ) كما إذا حَلَفَ لا يتزوَّجُ؛ فإنه لا يَحْتُ إِلا بالصَّحِيحِ، وأما إذا حَلَفَ أَنَّهُ ما تزوَّجَ في الماضي فإنه يتناولُ الصَّحِيحَ والفاقدَ أيضاً؛ لأنَّ المراد في المستقبل الإغفافُ وفي الماضي وقوعُ العَقْدِ، "بحر"^(٢) عن "المبسوط".
[١٢٣٩٤] (قوله: وصلاقي) يقالُ على قياسِ ما تقدَّم: إنَّ يمينَهُ في الماضي مُنْعَقِدَةٌ على صورة الفعل وقد وُجِدَتْ، بخلافها في المستقبل مُنْعَقِدَةٌ على التَّهَيُّةِ لِلثَّوَابِ، وهو لا يحصلُ بالفاقدِ، ومثلها الصَّوْمُ والحُجُّ، "ط"^(٣).

قلت: وسيأتي^(٤) في الأيمان: ((حَلَفَ لا يصومُ حَتَّى يصومَ ساعةً بنِيَّةٍ وإنْ أَفْطَرَ لوجودِ شرطِهِ، ولو قال: صوماً أو يوماً حَتَّى يومٍ، وَحَتَّى في: لا يُصَلِّي بركعةً، وفي: لا يُصَلِّي صلاةً بشَفْعٍ، وفي: لا يَحُجُّ لا يَحْتُ حَتَّى يَقِفَ بعرفةَ عن "الثَّالثِ"، أو حَتَّى يَطُوفَ أَكْثَرَ الطَّوْافِ عن "الثَّانِي") اهـ.

وبه عَلِمَ أَنَّ المراد بالصَّحِيحِ في المستقبل ما يتحقَّقُ به الفعلُ المخلوفُ عليه شرعاً مع شرائطِهِ، وذلك في الصَّوْمِ بساعةٍ وفي الصَّلَاةِ بركعةٍ وإنْ أَفْسَدَهُ بعده، تأمل.

[١٢٣٩٥] (قوله: صحَّ) أي: النكاحُ؛ لأنَّهُ يَتَنَبَّهُ على مِلْكِ الرُّقِبةِ، وهو باقٍ بعدَ الدَّيْنِ كما هو قَبْلُهُ، "بحر"^(٥).

(١) في "د" و"و": ((تناوله)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٠٩/٣.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٣/٢.

(٤) انظر المَقُولَةُ [١٨١٢٤] قوله: ((لوجود شرطِهِ)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٠/٣.

وساوت المرأة الغرماء^(١) في مهر مثلها والأقل (والزائد) عليه (تطالب^(٣) به) بعد استيفاء الغرماء (كذَيْنِ الصَّحَّةِ مع) دين (المرض).....

[١٢٣٩٦] (قوله: وساوت الغرماء) أي: أصحاب الديون، وفيه تصريح بأن المهر كسائر الديون، فلو مات العبد وكان له كسب يوفى منه، وما في "الفتح"^(٤) عن "التمرتاشي": ((لو مات العبد سقط المهر والنفقة)) [ب/١٣٢ق/٣] يجب حملُهُ في المهر على ما إذا لم يترك شيئاً، "نهر"^(٥). وأصل هذا الاستخراج والتوفيق لصاحب "البحر"^(٦).

[١٢٣٩٧] (قوله: والأقل) أي: إن كان المهر المسمى أقل من مهر المثل تساوي الغرماء فيه، ولم يذكره "المصنف" لعلمه بالأولى.

[١٢٣٩٨] (قوله: والزائد عليه إلخ) أي: إذا كان المسمى أكثر من مهر المثل فإنها تساويهم في قدره، والزائد عليه يُطالب به بعد استيفاء الغرماء، "بحر"^(٧)، أي: فيسعى لها به إن بقي في ملك مولاه، أو تصير إلى أن يعتيق، ولو باع الغرماء معها ليس لها بيعه ثانياً لأخذ الزائد؛ لأنه لا يُباع في المهر مرتين كما حررناه فيما مر^(٨)، تأمل.

[١٢٣٩٩] (قوله: كذَيْنِ الصَّحَّةِ) أي: إذا كان على المريض دين صحة - وهو ما ثبت بينة مطلقاً أو بإقراره صحيحاً - قدم على دين المرض، وهو ما أقر به مريضاً؛ لأن فيه إضراراً بالغرماء،

(١) في "د" زيادة: (قوله: ساوت المرأة غرماء إلخ، أي: غرماء العبد فيقسم بينهم وبينها على قدر الحقوق، وهذا إذا كان مهر المثل أو أقل منه؛ لأنه لو زاد على قدر مهر المثل لم تكن المرأة أسوة للغرماء فيما زاد، بل يؤثر حقها إلى استيفاء الغرماء ديونهم، كذا في "النهاية"). ق ١٦٧/أ.

(٢) في "د" و"و": (غرماء).

(٣) في "د" و"م": ((يطلب)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٦٥/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/أ.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٠/٣.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٠/٣.

(٨) المقولة [١٢٣٥٦] قوله: ((وفي المهر مرة)).

إِلَّا إِذَا بَاعَهُ مِنْهَا كَمَا مَرَّ.

(ولو زَوَّجَ بِنْتَهُ مَكَاتِبَهُ ثُمَّ مَاتَ لَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ) لِأَنَّهَا لَمْ تَمْلِكِ الْمَكَاتِبَ
مَمُوتِ أَيْبِهَا (إِلَّا إِذَا عَجَزَ فَرَدًّا^(١)) فِي الرَّقِّ) فَحِينَئِذٍ يَفْسُدُ.....

فَيُقْضَى بَعْدَ قِضَاءِ ذُرِّيَّتِهِمْ.

[١٢٤٠٠] (قَوْلُهُ: إِلَّا إِذَا بَاعَهُ مِنْهَا) فِي "الْحَاشِيَةِ"^(٢): ((زَوَّجَهُ بِالْفِءِ وَبَاعَهُ مِنْهَا بِتَسْعِمَائَةٍ
وَعَلَيْهِ ذَنْنُ الْفِءِ، فَأَجَازَ الْغَرِيمُ الْبَيْعَ كَانَتِ التَّسْعِمَائَةُ بَيْنَهُمَا، يُضْرَبُ الْغَرِيمُ فِيهَا بِالْفِءِ وَالْمَرْأَةُ
بِالْفِءِ، وَلَا تَتَّبَعُ الْمَرْأَةُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَيَتَّبَعُ الْغَرِيمُ بِمَا بَقِيَ مِنْ ذَنْنِهِ إِذَا عَتَقَ)) اهـ.

وقَوْلُهُ: ((وَلَا تَتَّبَعُ)) بِنَاءٌ مُوَحَّدٌ، أَيْ: لَا تَطْلُبُهُ بِمَا بَقِيَ مِنْ مَهْرِهَا؛ لِأَنَّهُ صَارَ
مِلْكُهَا وَانْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَالسَّيِّدُ لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ مَالًا بِخِلَافِ مَا بَقِيَ لِلْغَرِيمِ، فَإِنَّهُ بَاقٍ فِي
ذِمَّةِ الْعَبْدِ، فَيَطْلُبُهُ بِهِ بَعْدَ عِتْقِهِ، أَمَّا قَبْلَهُ فَلَا؛ لِمَا مَرَّ^(٣) مِنْ أَنَّ الْعَبْدَ لَا يُبَاعُ فِي دِينٍ أَكْثَرَ مِنْ مَرَّةٍ
إِلَّا التَّفَقُّةَ، وَلِأَنَّ الْغَرِيمَ لَمَّا أَجَازَ بَيْعَ الْمَوْلَى مِنْهَا تَعَلَّقَ حَقُّهُ فِي الْقِيَمَةِ فَقَطْ، وَلَا يَخْفَى أَنَّ لِلْمَرْأَةِ
بَيْعَهُ وَعِتْقَهُ كَمَا لَوْ بَاعَهُ الْمَوْلَى مِنْ غَيْرِهَا، وَلَا يَمْنَعُ مِنْ بَيْعِهِ تَعَلُّقُ الدِّينِ بِرَقَبَتِهِ إِلَى مَا بَعْدَ عِتْقِهِ
لِمَا قُلْنَا، فَمَا قِيلَ مِنْ أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا بَيْعُهُ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْغَرِيمِ بِهِ فَهُوَ وَهُمْ مَنْشِؤُهُ التَّصْحِيفُ، وَلَوْ
كَانَتِ التَّنْصِخَةُ: وَلَا تَبِيعُهُ وَيَبِيعُهُ الْغَرِيمُ مِنْ الْبَيْعِ نَافِيَ قَوْلُهُ: ((إِذَا عَتَقَ))، فَافْهَمُ.

[١٢٤٠١] (قَوْلُهُ: كَمَا مَرَّ^(٤)) أَيْ: قَبِيلَ قَوْلِهِ: ((وَلَوْ زَوَّجَ الْمَوْلَى أُمَّتَهُ مِنْ عَبْدِهِ))، "ح"^(٥).

[١٢٤٠٢] (قَوْلُهُ: بِنْتَهُ) الْمَرَادُ مَنْ تَرْتُهُ مِنَ النِّسَاءِ بَعْدَ مَوْتِهِ، سَوَاءً كَانَتْ بِنْتُ أَوْ بِنْتُ ابْنِ

أَوْ اخْتَأَتْ، "ط"^(٦).

[١٢٤٠٣] (قَوْلُهُ: لِأَنَّهَا لَمْ تَمْلِكِ الْمَكَاتِبَ) لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ النُّقْلَ مِنْ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ مَا لَمْ يَعْجَزْ،

(١) فِي "ط": ((فَرَضَ)).

(٢) "الْحَاشِيَةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ فِي ذِكْرِ مَسَائِلِ الْمَهْرِ ٣٨٣/١ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

(٣) الْقَوْلُ: [١٢٣٥٦] قَوْلُهُ: ((وَوِي الْمَهْرَ مَرَّةً)).

(٤) الْقَوْلُ: [١٢٣٥٧] قَوْلُهُ: ((إِلَّا إِذَا بَاعَهُ مِنْهَا)).

(٥) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ق ١٧٧/ب.

(٦) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ٧٣/٢.

للتنافي.

(زَوْجَ أَمَتِهِ) أَوْ أُمٍّ وَلَدِهِ (لَا تَحِبُّ^(١)) عَلَيْهِ (تَبَوُّثُهَا).....

وإنما تَمْلِكُ ما في ذِمَّتِهِ من بدلِ الكتابة، وأما صحَّةُ عقبتها إِيَّاهُ فَلأنَّهُ يَبْرَأُ به عن بدلِ الكتابة أَوَّلاً ثُمَّ يَحْتَقُّ، "فتح"^(٢). [١/١٣٣/٣]

[١٢٤٠٤] (قوله: للتنافي) أي: بين كونه مالكا لها وكونها مالكة له.

[١٢٤٠٥] (قوله: أَوْ أُمٍّ وَلَدِهِ) ومثلها المُدْبِرَةُ، ولا تدخلُ المُكَاتِبَةُ بقرينة قوله: ((فَتَحْدُمُهُ))، أي: المولى؛ لأنَّ المُكَاتِبَةَ لا يَمْلِكُ المولى استخدامها، فلذا تَحِبُّ النِّفَقَةُ لها بدونُ التَّبَوُّثِ، "بحر"^(٣). وأما نفقة الأولاد فتكونُ على الأمِّ؛ لأنَّ وَلَدَ المُكَاتِبَةِ دَخَلَ في كتابتها، وعامُّه في "شرح أدب القضاء"^(٤) لـ "الخصاف".

[١٢٤٠٦] (قوله: لَا تَحِبُّ تَبَوُّثُهَا) هي في اللُّغَةِ: مصدرٌ بَوَّأَهُ مَنَزَلاً، أي: أَسْكَنَتْهُ إِيَّاهُ. وفي الاصطلاح - على ما في شرح النِّفَقَاتِ لـ "الخصاف"^(٥) -: ((أَنْ يُحِلِّيَ المولى بين الأُمَّةِ وبين زوجها وَيَدْفَعَهَا إِلَيْهِ وَلَا يَسْتَحْدِمَهَا^(٦)، أَمَّا إِذَا كَانَتْ تَذْهَبُ وَتُحْيَى وَتَحْدُمُ مَوْلَاهَا لَا تَكُونُ تَبَوُّثًا)) اهـ "بحر"^(٧). وقال^(٨) قبله: ((وَقِيْدٌ بِالتَّبَوُّثِ لَأَنَّ المولى إِذَا اسْتَوْفَى صَدَاقَهَا أَمَرَ أَنْ يُدْخِلَهَا عَلَى زوجها وَإِنْ لَمْ يَلْزَمُهُ أَنْ يُؤْتِهَا، كَذَا فِي "المبسوط"^(٩)، وَلِذَا قَالَ فِي "المحيط": لَوْ بَاعَهَا بِمِثْلِ لَا يَقْدِرُ الزَّوْجُ عَلَيْهَا سَقَطَ مَهْرُهَا كَمَا سَيَأْتِي فِي مَسْأَلَةٍ مَا إِذَا قَتَلَهَا)) اهـ، أي: سَقَطَ لَوْ قَبْلَ الوطء. هذا، وفيما نَقَلَهُ عن "الخصاف" وما نَقَلَهُ عن "المبسوط" شِبْهَ التَّنَافِي؛ لَأَنَّ الأوَّلَ أَفَادَ أَنَّهُ لَا بَدَأَ

(١) في "د" و"و": ((يَحِبُّ)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٦٨/٣ بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٠/٣.

(٤) انظر "شرح أدب القضاء": الباب الخامس والتسعون في العبد يتزوج وما يلزمه من نفقة ٣٣٦/٤.

(٥) انظر "شرح أدب القضاء": الباب التسعون في نفقة المرأة - نفقة المرأة المملوكة ٢٢٧/٤.

(٦) في "د" زيادة: ((انتهى. شَمْنِي)). ق ١٦٧/أ.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١١/٣ بتصرف وفيه: ((الخصاف)) بدل: ((شرح نفقات الخصاف)).

(٨) أي: في "البحر".

(٩) "المبسوط": كتاب النكاح - باب نكاح الإماء والعبيد ١١٥/٥.

وإن شرطها في العقد، أما لو شرط الحر^(١).....

في تحقق معنى التبوة اصطلاحاً من تسليم الأمة إلى الزوج، والثاني أفاد أن التسليم إليه بعد قبض الصداق واجب، وعدم وجوب التوبة ينافي وجوب التسليم المذكور، والجواب ما أفاده في "النهر"^(٢): ((من أن التسليم الواجب يُكتفى فيه بالتخلية بل بالقول، بأن يقول له المولى: متى ظفرت بها وطنتها كما صرح به في "الدراية"، والتبوة المنفية أمر زائد على ذلك لا بد فيها من الدفع، والاكتفاء فيها بالتخلية - كما ظن بعضهم - غير واقع)) اهـ. وهذا أولى مما أجاب به "المقدس"^(٣): ((من أن المراد بالتبوة المنفية التوبة المستمرة)).

(١٢٤٠٧) (قوله: وإن شرطها) لأنه شرط باطل؛ لأن المستحق للزوج ملك الحبل لا غير؛ لأنه لو صح الشرط لا يخلو؛ إما أن يكون بطريق الإجارة أو الإعارة، فلا يصح الأول لجهالة المدة، ولا الثاني؛ لأن الإعارة لا تتعلق بها لزوم، "بحر"^(٣).

(١٢٤٠٨) (قوله: أما لو شرط الحر الخ) بيان للفرق بين المسألتين، وهو أن اشتراط حرية الأولاد وإن كان لا يقتضيه نكاح الأمة أيضاً إلا أنه صح؛ لأنه في معنى تعليق الحرية بالولادة، والتعليق صحيح، ويمتنع الرجوع عنه؛ [٣/١٣٣ ب] لأنه يثبت مقتضاه جبراً بخلاف اشتراط التوبة؛ لأنه يتوقف وجودها على فعل حسي اختياري؛ لأنه وعد يجب الإيفاء به، غير أنه إذا لم يفسر به لا يثبت متعلقه، أعني: نفس الموعود به، "فتح"^(٤) ملخصاً، وأقره في "البحر"^(٥) و"النهر"^(٦).

(١) في "د" زيادة: (قوله: أما لو شرط الحر الخ، مقتضاه: أن العبد ليس كذلك، لكن في "الحانية" وكذا في "الخلاصة" معزياً إلى "الجامع الصغير": رجل تزوج أمة على أن كل ولد تلده فهو حر، جاز النكاح والشرط، والأولاد أحرار؛ لأنه لو لم يكن الشرط يكون الأولاد أرقاء فكان الشرط مفيداً، انتهى. ومثله في "الفتية" و"التارخانية" و"البرازية" (٢٠). ق ١٦٧/أ.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٠/٣ بتصرف.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٦٩/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١١/٣.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/أ - ب.

ومقتضى وجوب الوفاء به أنه شرطٌ غيرُ باطلٍ، لكن لا يلزم من صحته وجوده بخلاف اشتراط الحرية، لكن تقدم^(١) التصريح بأنه باطلٌ، وكذا صرح به في "كافي الحاكم"، فقال: ((لو شرط ذلك للزوج كان هذا الشرط باطلاً، ولا يمنعُه أن يستلزم أمة^(٢)))، ولعل معنى وجوب الوفاء به أنه واجب ديانةً، ومعنى بطلانه أنه غير لازم قضاءً، فتأمل.

(تسبة)

قال في "النهر"^(٣): ((وقيد الرجل في "الفتح"^(٤)) بالحر، حتى لو كان عبداً كانت الأولاد عبيداً عندهما خلافاً لـ "محمد^(٥)) اهـ. ونظر فيه "ح"^(٥): ((بأن التعليق المعنوي موجود)).

قلت: وهو الذي يظهر، وهذا القيد غير معتبر المفهوم، ولذا لم يُقيد به في كثير من الكتب، وأما ما ذكره في "النهر" من الخلاف فإنما رأيتهم ذكروه^(٦) في مسألة العبد المغرور إذا تزوج امرأة على أنها حرة فظهرت أمة، بخلاف الحر المغرور، فإن أولاده أحرار بالقيمة اتفاقاً، فالظاهر أن ما في "النهر" سبقُ نظرٍ، بقرينة أنه ذكر مسألة المغرور ثم قال: ((وقيد الرجل في "الفتح" إلخ))، فاشتبه عليه مسألة عسالة، فليراجع.

(قوله: فالظاهر أن ما في "النهر" سبقُ نظر إلخ) ليس في عبارة "النهر" ما يقتضي أن هذا التقييد جارٍ في مسألة اشتراط حرية الأولاد، بل ذكره عقب ذكر مسألة المغرور فيجعل قيدا لها، ولا يرجع لما قبلها من مسألة الاشتراط؛ حيث لم يوجد في كلامهم ما يفيدُه فلا يصح نسبته لسبق النظر مع عدم ما يفيدُه في كلامه، تأمل.

(١) في المقالة السابقة.

(٢) في "الأصل": ((الاستخدام منه)).

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/ب.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٦٨/٣.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٧/ب.

(٦) المقالة [١٢٤١٥] قوله: ((ولو ادعى الزوج)).

حُرِّيَّةَ أولادها فيه صحَّ، وعَتَقَ كُلُّ مَنْ وَلَدَتْهُ فِي هَذَا النِّكَاحِ؛ لِأَنَّ قَبُولَ الْمَوْلَى الشَّرْطَ وَالتَّزْوِيجَ عَلَى اعْتِبَارِهِ هُوَ مَعْنَى تَعْلِيقِ الْحُرِّيَّةِ بِالْوِلَادَةِ، فَيَصَحُّ، "فَتَح" ^(١). وَمُفَادُهُ أَنَّهُ لَوْ بَاعَهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا قَبْلَ الْوَضْعِ فَلَا حُرِّيَّةَ،

[١٢٤٠٩] (قَوْلُهُ: حُرِّيَّةَ أولادها) أَي: أولَادِ الْقِنَةِ وَنَحْوِهَا، وَقَوْلُهُ: ((فِيهِ)) أَي: فِي الْعَقْدِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ اشْتِرَاطَهَا بَعْدَهُ كَذَلِكَ، وَيُحَرَّرُ، "ط" ^(٢).

[١٢٤١٠] (قَوْلُهُ: فِي هَذَا النِّكَاحِ) أَمَّا لَوْ طَلَّقَهَا ثُمَّ نَكَحَهَا ثَانِيًا فَهُمْ أَرْقَاءُ، إِلَّا إِذَا شَرَطَ كَالْأَوَّلِ، "ط" ^(٣).

[١٢٤١١] (قَوْلُهُ: وَالتَّزْوِيجَ) عَطَفَ عَلَى ((قَبُولِ))، "ط" ^(٤). وَهُوَ أَحْسَنُ مِنْ قَوْلِ "ح" ^(٥): ((إِنَّهُ عَطَفَ عَلَى الشَّرْطِ)).

[١٢٤١٢] (قَوْلُهُ: عَلَى اعْتِبَارِهِ) حَالٌ مِنَ ((التَّزْوِيجِ))، وَالْهَاءُ لِلشَّرْطِ، "ح" ^(٦).

[١٢٤١٣] (قَوْلُهُ: هُوَ مَعْنَى (إِلْحَ) خَيْرُ ((أَنْ))، "ح" ^(٧). فَكَأَنَّهُ قَالَ: إِنْ وَلَدَتْ أَوْلَادًا مِنْ هَذَا النِّكَاحِ فَهُمْ أَحْرَارٌ، "ط" ^(٨).

[١٢٤١٤] (قَوْلُهُ: وَمُفَادُهُ) أَي: مُفَادُ التَّعْلِيلِ الْمَذْكُورِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَعْلُوقَ قَبْلَ وَجُودِ الشَّرْطِ عَدَمٌ،

(قَوْلُهُ: وَالظَّاهِرُ أَنَّ اشْتِرَاطَهَا بَعْدَهُ كَذَلِكَ، وَيُحَرَّرُ) الظَّاهِرُ أَنَّ اشْتِرَاطَهَا بَعْدَهَا لَا يَكْفِي لِمَا أَنَّ هَذَا تَعْلِيلٌ مَعْنَى وَلَمْ يُوجَدْ أَذَاتُهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَجِدَ فِي الْعَقْدِ فَإِنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي الْمَوْجُودِ اسْتِقْلَالًا وَجُودِهِ بِشَرَائِطِهِ، بِخِلَافِ الْمَوْجُودِ ضِمْنًا فَإِنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ وَجُودُهُ بِشَرَائِطِهِ كَمَا هُوَ مَعْلُومٌ، تَأَمَّلْ.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٦٩/٣ بتصرف.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٤/٢.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٤/٢.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٤/٢.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ١٦٧/ب.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ١٦٧/ب.

(٧) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ١٦٧/ب.

(٨) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٤/٢.

ولو ادَّعى الزَّوْجُ الشَّرْطَ وَلَا بَيِّنَةً لَهُ حَلَفَ المولى، "نهر"^(١).....

ولا بدَّ له من بقاء الملك عند وجود الشرط، وهذا البحث لصاحب "البحر"^(٢)، وأقره عليه أخوه في "النهر"^(٣) و"المقدس"، وقال في "البحر"^(٤): ((وقد ذَكَرَ ذلك في "المبسوط"^(٥) في التعليق صريحاً بقوله: كُلُّ وَلَدٍ تَلَدِيْنُهُ فَهُوَ حُرٌّ، فقال: لو مات المولى وهي حُبلى لم يَعْتِقَ ما تَلَدُهُ لَفَقَدِ الملك؛ [١٣٤٤ق/٣] لا انتقالها للورثة، ولو باعها المولى وهي حُبلى جاز بيعه، فإن وَكَلَتْ بَعْدَهُ لم يَعْتِقْ اهـ. إِلَّا أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ التَّعْلِيْقِ صَرِيحاً والتَّعْلِيْقِ^(٦) معنى، ولم يَظْهَرْ لي الآن)) اهـ.

قلت: يظهر لي الفرق بينهما من حيث إنَّ هذا التعليق المعنوي تعلّق به حقُّ الزَّوْجِ في ضمن العقد المقصود منه أصالة الولد، والرقيق ميبّ حكماً، فصار المقصود به أصالة حرّية الولد، فلا يكون في حكم التعليق الصريح، فلا يبطل بزوال ملك المولى، ونظيره المكاتب، فإنَّ عقْد الكتابة معاوضة، وهو مُتَضَمِّنٌ لتعليق العتق على أداء البذل، ولا يبطل هذا التعليق الضمني بموت المولى الملق، وأيضاً فإنَّ المغرور الذي تزوّج امرأة على أنَّها حرة يكون شارطاً لحرّية أولاده معنى، فإذا ظهر أنَّها أمة تكون أولاده أحراراً مع أنَّ هذا الشرط لم يكن مع المولى، وفي مسألتنا وقع شرط الحرية مع المولى صريحاً، فلا ينزل حاله عن حال المغرور، فتأمل.

[١٢٤١٥] (قوله: ولو ادَّعى الزَّوْجُ إلخ) هذا ذكره في "النهر"^(٧) مجشاً، وقال: ((إنَّه حادثة الفتوى))، واستنبطه مما في "جامع الفصولين"^(٨) في المغرور: ((لو ادَّعى أنَّه تزوّجها على أنَّها

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/أ بتصرف.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١١/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١١/٣.

(٥) "المبسوط": كتاب العتاق - باب عتق ما في البطن ١٣١/٧ بتصرف.

(٦) ((صريحاً والتعليق)) ساقط من "الأصل".

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/ب.

(٨) "جامع الفصولين": الفصل السادس عشر في الاستحقاق والغرور وما يتعلق به ٢٢٢/١ بتصرف.

(لكن لا نفقة ولا سُكْنَى لها إلا بها) بأن يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ وَلَا يَسْتَخْلِمُهَا (وَتَحْلِمُ المولى، وَيَطْأُ الزَّوْجُ إِنْ ظَفِرَ بِهَا فَارْعَةً) عن خدمة المولى، ويكفي في تسليمها قوله: متى ظَفِرَتْ بِهَا وَطِئَتْهَا، "نهر". (فَإِنْ بَوَّأَهَا ثُمَّ رَجَعَ) عنها (صَحَّ) رجوعه لبقاء حَقِّهِ (وَسَقَطَتْ) النِّفْقَةُ (ولو خَدَمَتْهُ) أي: السَّيِّدَ بعد التَّبَوُّثِ (بلا استخدامِهِ).....

حُرَّةً وَكَذَبَهُ المولى فَإِنْ بَرَّهَنْ فَالْأَوْلَادُ أَحْرَارٌ بِالْقِيَمَةِ، وَإِلَّا خُلْفَ المولى؛ لَأَنَّهُ ادَّعَى عَلَيْهِ مَا لَوْ أَقَرَّ بِهِ لَزِمَهُ، فِإِذَا نَكَلَ يُحْلَفُ)).

(١٢٤١٦) (قوله: لكن لا نفقة إلخ) لأنها جزاء الاحتباس، ولذا لم تجب نفقة الناشئة، والحاجة مع غير الزوج، والمغصوبة، والمحبوسة بدين عليها، "رحمتي". وعطف السُّكْنَى على النِّفْقَةِ عطف خاص على عام؛ لأنَّ النِّفْقَةَ اسْمٌ لها وللطَّعَامِ والكِسْوَةِ.

(١٢٤١٧) (قوله: ولا يستخلمها) مبني على ما مرَّ^(١) عن "نفقات الخصاف"، وذكر في "البحر"^(٢): ((أَنَّ التَّحْقِيقَ أَنَّ الْعِبْرَةَ لكونها في بيت الزوج ليلاً، ولا يَصُرُّ الاستخدامُ نهاريًّا)) اهـ، ويأتي^(٣) مثله قريباً.

(١٢٤١٨) (قوله: فارعة عن خدمة المولى) ظاهره أنه لو وَجَدَهَا مشغولة بخدمة المولى في مكان خال ليس له وطؤها، ولم أره صريحاً، "بحر"^(٤). وقد يقال: إن كان استمتاعه لا يُنْقِصُ خدمة المولى أبيض له؛ لأنه ظَفِرَ بِحَقِّهِ غَيْرَ مُنْقِصٍ حَقِّ المولى، لا سَيِّماً والمُدَّةُ قصيرة، "ط"^(٥).

(١٢٤١٩) (قوله: ويكفي في تسليمها) أي: الواجب بمقتضى العقد، وهو بهذا المعنى لا يُنَاقِزُ عدمَ وجوب التَّبَوُّثِ كما أوضحناه^(٦) قبلُ.

(١) المقولة [١٢٤٠٦] قوله: ((لا تجب تبوتها)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١١/٣.

(٣) المقولة [١٢٤٢٠] قوله: ((أو استخدمها نهاريًّا)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٠/٣ بصرف، ولفظة ((بحر)) ساقطة من "ب" و"م".

(٥) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٤/٢.

(٦) المقولة [١٢٤٠٦] قوله: ((لا يجب تبوتها)).

أو استخْلَمَهَا نهاراً وأَعَادَهَا لبيت زوجها ليلاً (لا) تسقطُ لبقاء التَّوَلَّى.
(وله) أي: المولى (السَّفَرُ بها) أي: بِأَمَتِهِ (وإنَّ أبايَ الزَّوْجِ) "طَهْرِيَّةٌ"^(١). (وله) إجبارٌ
قِنَّه وَأَمَتِهِ) ولو أمٌّ ولدٍ، ولا يلزمُهُ الاستِراءُ بل يُنْدَبُ، فلو وَلَدَتْ لأَقْلَ من نصفِ حَوْلٍ

[١٢٤٢٠] (قوله: أو استخْلَمَهَا نهاراً إلخ) [٣/١٣٤ق/ب] هذا ما تقدَّم^(٢) قريباً عن "البحر":
(«أَنَّهُ التَّحْقِيقُ»)، قال "ح"^(٣): ((وتكونُ نفقةُ النَّهارِ على السَّيِّدِ ونفقةُ اللَّيْلِ على الزَّوْجِ كما في
"القَهْستاني"^(٤) عن "القنينة"^(٥))).

[١٢٤٢١] (قوله: وإنَّ أبايَ الزَّوْجِ) أي: وإنَّ أَوْفَى المهرِ بتمامِهِ؛ لأنَّ حقَّ المولى أقوى،
ط"^(٦).

[١٢٤٢٢] (قوله: وله) أي: للمولى حيثَ تَمَّ الملكُ له، "نهر"^(٧). احترازاً عن المُكَاتِبِ، فإنَّ
ملكَه فيه ناقصٌ، فوَلَايَةُ الإِجْبَارِ في المملوكِ تَعْتَمِدُ كَمَالَ الملكِ، وهو كاملٌ في المُدَبِّرِ وأمُّ الولدِ
وإنَّ كان الرُّقُّ ناقصاً، والمُكَاتِبُ على عكسِهِما، "بحر"^(٨).

[١٢٤٢٣] (قوله: ولو أمٌّ ولدٍ) ومثلُها المُدَبِّرُ والمُدَبَّرَةُ، وأشار إلى أنَّ القِنَّةَ كذلك بالأوَّلِ،
لكنَّها داخلَةٌ في القِنَّةِ لإِطْلَاقِهِ عليهما كما مرَّ^(٩)، فافهم.

[١٢٤٢٤] (قوله: ولا يلزمُهُ الاستِراءُ) قدَّمنا^(١٠) في فصلِ الحَرَمَاتِ أَنَّ الصَّحِيحَ وجوبُ

(١) "الطَّهْرِيَّة": كتاب النكاح - الفصل الثامن في نكاح العبيد والإماء ق ٨٤/أ بتصرف.

(٢) المقولة [١٢٤١٧] قوله: ((ولا يستخْلَمها)).

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٨/أ.

(٤) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل نكاح القن ٢٩٣/١.

(٥) "القنينة": كتاب الطلاق - باب في النفقة والكسوة والسكنى ق ٤٧/ب.

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٤/٢.

(٧) "نهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/ب.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٢/٣.

(٩) المقولة [١٢٣٣٤] قوله: ((والقنُّ المملوكُ كلاً)).

(١٠) المقولة [١١٤٢٦] قوله: ((بل سيدها)).

فهو من المولى، والنكاحُ فاسدٌ، "بحر"^(١) من الاستيلاء وثبوت النسب. (على النكاح) وإن لم يرضيا، لا مكاتبته ومكاتبته^{(٢)(٣)}، بل يتوقف على إجازتهما.....

الاستبراء على السيد إذا أراد أن يزوجهَا وكان يطؤها، وأما الزوجُ فقال في "الهداية"^(٤): ((إنه لا يستبرأها لا استحباباً ولا وجوباً عندهما، وقال "محمد": لا أحب أن يطأها قبل أن يستبرأها)) اهـ. ورجح "أبو الليث" قول "محمد"، وتقدم^(٥) تمام الكلام على ذلك. [١٢٤٢٥] (قوله: فهو من المولى) أي: إن ادعاه في القنّة والمدبرة، ولم ينفه عنه في أم الولد، "ط"^(٦).

قلت: وهذا إذا زوجهَا غير عالمٍ؛ لما قدمناه^(٧) في المحرمات عن "التوشيح": ((من أنه ينبغي أنه لو زوجهَا بعد العلم قبل اعترافه به أنه يجوز النكاح، ويكون نفياً)). [١٢٤٢٦] (قوله: والنكاح فاسدٌ) فلا يلزم المهر إلا بوطء الزوج، "ط"^(٨). [١٢٤٢٧] (قوله: وإن لم يرضيا) أشار إلى ما في "القهستاني"^(٩) وغيره: ((من أن المراد بالإجبار تزويجهما بلا رضاهما، لا إكراههما على الإيجاب والقبول كما قيل)) اهـ، فافهم. [١٢٤٢٨] (قوله: لا مكاتبته ومكاتبته) لأنهما التحقّا بالأجانب بعقد الكتابة، ولهذا يستحقان

(١) "البحر": كتاب العلق - باب الاستيلاء ٢٩٣/٤ بتصرف.

(٢) في "د" زيادة: ((فإن كانت امرأة العبد مكاتبته فنفقتهَا على العبد بواها المولى بيتاً أو لم يسيء؛ لأنها حرّة يداً، فتبوأ مع زوجها من غير تبوة المولى كالحرة، فلا تشترط التبوة من المولى لاستحقاق النفقة. وأما نفقة الأولاد فتكون على الأم؛ لأن ولد المكاتبته دخل في كتابتها، ونماه في "شرح أدب القضاء" للخصاف)). ق ١٦٧/ب.

(٣) في "د": ((ولا مكاتبته)).

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - فصل في بيان المحرمات ١٩٥/١.

(٥) المقولة [١١٤٢٥] قوله: ((ولا يستبرأها الزوج)).

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٤/٢.

(٧) المقولة [١١٤١٨] قوله: ((المقربة)).

(٨) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٤/٢.

(٩) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل نكاح القن ٢٩٣/١.

ولو صغيرين إلحاقاً بالبالغ، فلو أدّيا وعتقاً عادَ موقوفاً على إجازة المولى لا على إجازتهما؛

الأرّش على المولى بالجناية عليهما، وتستحقّ المكاتبَةُ المهرَ إذا وطَّها المولى، فصارا كالحُرَّين، فلا يُجبران على النِّكاح، "ط" ^(١) عن "أبي السُّعود" ^(٢).

[١٢٤٢٩] (قوله: ولو صغيرين) ظاهره أنَّ المراد الإجازة ولو في حال الصَّغر، مع أنَّ عبارة الصَّغيرين الحُرَّين غير مُعتبرة أصلاً، ويَحتملُ أن يكون المراد أنَّه لا ينفذُ نكاحُ المولى عليهما ولو كانا صغيرين، بل يتوقَّفُ على إجازتهما بعد بلوغهما، والمتبادرُ من كلامهم الأوَّل، تأمل. [١٢٤٣٠] (قوله: فلو أدّيا) أي: بدلَ الكتابةِ قبلَ ردِّ العَقْدِ، "فتح" ^(٣).

[١٢٤٣١] (قوله: عادَ موقوفاً على إجازة المولى) [٣/١٣٥ق] لأنَّه تجدَّد له ولايةٌ أخرى غيرُ الولاية التي قارنَها رضاهُ بتزويجها؛ لأنَّ تلك الولاية كانت بحكم المِلْك، وهذه بحكم الولاء، فیشترطُ تجدُّدَ رضاهُ لتجدُّدِ الولاية، وصار كالشَّريك إذا زَوَّجَ العبدَ المُشترَكَ ثم ملكَ باقيه، فإنَّ النِّكاحَ يَحْتَاجُ إلى إجازته لتجدُّدِ ملكِه في الباقي، وكمن أذنَ لعبدِ ابنه الصَّغير في التَّجارة ثم مات الابن فورَته ^(٤)، فإنَّ العبدَ يَحْتَاجُ في التَّصرفِ إلى إذنٍ جديدٍ من الأب لتجدُّدِ ولايةِ ملكِه، وكمن زَوَّجَ نَافِلَتَهُ مع وجودِ ابنه ثم مات الابن، فالنِّكاحُ يَحْتَاجُ إلى إجازةِ الجَدِّ لتجدُّدِ ولايته، بخلافِ الرَّهْنِ إذا باعَ العبدَ المَرهُونَ، والمولى إذا باعَ العبدَ المأذونَ المديونَ، ثم سَقَطَ الدَّيْنُ في الصُّورتين بطريقٍ من طُرُقِ السُّقُوطِ، حيث لا يفتقرُ العَقْدُ فيهما إلى إجازةِ المالك ثانياً؛ لأنَّ نفاذَ العَقْدِ فيهما بالولاية الأصلية، وهي ولاية المِلْك، من "شرح تلخيص الجامع الكبير".

(قوله: والمتبادرُ من كلامهم الأوَّل) ويؤيِّده ما نقله "ط" عن "البحر" معرّواً لـ "المُحِيط": ((المؤلَّى إذا زَوَّجَ مكاتبته الصَّغيرة توقَّفَ النِّكاحُ على إجازتها لأنها مُلحَقَةٌ بالبالغة فيما يُبْنِي على الكتابةِ إلخ)) اهـ.

(١) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٤/٢.

(٢) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٨/٢.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٥/٣ بتصرف.

(٤) في "م": ((فورته))، وهو تحريف.

لعدم أهليتهما إن لم يكن عصبة غيره^(١)، ولو عَجَزَا تَوَقَّفَ نكاحُ المكاتبِ على رضا المولى ثانياً؛ لَعَوْدِ مُؤْنِ النِّكَاحِ عليه، وبطلانِ نكاحِ المكاتبِ؛ لأنَّه طَرَأَ حِلٌّ باتُّ على موقوفٍ فأبطلَهُ، والدَّلِيلُ يَمَعْلُ العجائبُ،.....

[١٢٤٣٢] (قوله: لعدم أهليتهما) لأنَّ الكتابةَ لم تَبْقَ بعدَ العتقِ، والصَّغِيرُ ليس من أهلِ

الإجازة. ٣٧٧/٢

[١٢٤٣٣] (قوله: إن لم يكن إلخ) قَيْدٌ لقوله: ((عَادَ إلخ)).

[١٢٤٣٤] (قوله: ثانياً) راجعٌ إلى ((رضا)) لا إلى ((تَوَقَّفَ))، أي: رضا ثانياً، قال في

"شرح التلخيص": ((لكن لا بدَّ من إجازة المولى وإن كان قد رَضِيَ أَوَّلًا)) اهـ، فافهم.

[١٢٤٣٥] (قوله: لَعَوْدِ مُؤْنِ النِّكَاحِ عليه) لأنَّه لَمَّا زَوَّجَهُ إِنَّمَا رَضِيَ بتعلُّقِ مُؤْنِ النِّكَاحِ

كالمهرِ والنَّفَقَةِ بكسبِ المكاتبِ لا يَمْلِكُ نَفْسِيهِ، وكسبِ المكاتبِ بعدَ عجزِهِ يَمْلِكُ للمولى،

"شرح التلخيص".

[١٢٤٣٦] (قوله: لأنَّه طَرَأَ حِلٌّ باتُّ) أي: حُلُّ وَطْئِهَا لِلسَّيِّدِ ((على حِلِّ موقوفٍ))،

أي: حِلُّهَا لِلزَّوْجِ ((فأبطلَهُ)) كَالأَمَةِ إِذَا تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ، ثُمَّ مَلَكَهَا مَنْ تَحِلُّ لَهُ بَطَلِ

النِّكَاحِ لَطَرَيَانِ الحِلِّ الباتُّ على الموقوفِ، ولا يَبْطُلُ نكاحُ العبدِ المكاتبِ لعدمِ الطَّرَيَانِ

المذكورِ، من "شرح التلخيص".

[١٢٤٣٧] (قوله: والدَّلِيلُ يَمَعْلُ العجائبِ) وَجْهُ الْعَجَبِ أَنَّ المولى يَمْلِكُ إلزامَ النِّكَاحِ بعدَ

العتقِ لا قَبْلَهُ، وَأَنَّهُ يَتَوَقَّفُ على إجازةِ المكاتبِ قَبْلَ العتقِ، ولا يَتَوَقَّفُ على إجازتِهِ بعده، وَأَنَّ

المكاتبَةَ لو رُدَّتْ إلى الرِّقِّ يَبْطُلُ النِّكَاحُ الَّذِي بَاشَرَهُ المولى وَإِنْ أَجَازَهُ، وَلَوْ عَتَّقَتْ جَارَ بِإِجَازَتِهِ،

ولهذا قيل: إِنَّهَا مَهْمَا زَادَتْ مِنَ المولى مُعْدَاً زَادَتْ قُرْباً إِلَيْهِ فِي النِّكَاحِ.

(١) في النسخ جميعها: ((عصبة غيره))، وما أثبتناه من "د".

وبحث "الكمال" هنا غيرُ صائبٍ.....

مطلب^(١): على أنَّ "الكمال بن الهمام" بلغ رتبة الاجتهاد

(١٢٤٣٨) (قوله: وبحث "الكمال" هنا غيرُ صائبٍ) قال "الكمال"^(٢): ((الذي يَقْتَضِيهِ النَّظَرُ عَدَمُ التَّوَقُّفِ عَلَى إِجَازَةِ [ب/١٣٥ق/٣] المولى بعدَ العتق، بل عَجَرْدَ عَتَقِهَا يَنْفُذُ النِّكَاحُ، لِمَا صَرَّحُوا بِهِ مِنْ أَنَّهُ إِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فَأَعْتَقَهُ نَفَذَ؛ لِأَنَّهُ لَوْ تَوَقَّفَ فِيمَا عَلَى إِجَازَةِ الْمَوْلَى - وَهُوَ مُمْتَنِعٌ لَانْتِفَاءِ وَلَايَتِهِ - وَإِنَّمَا عَلَى الْعَبْدِ، وَلَا وَجْهَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ صَدَرَ مِنْ جِهَتِهِ، فَكَيْفَ يَتَوَقَّفُ؟! وَلِأَنَّهُ كَانَ نَافِذًا مِنْ جِهَتِهِ، وَإِنَّمَا تَوَقَّفَ عَلَى السَّيِّدِ، فَكُنَّا السَّيِّدَ هُنَا، فَإِنَّهُ وَلِيَ مُجَبِّرٌ، وَإِنَّمَا التَّوَقُّفُ عَلَى إِذْنِهَا لِعَقْدِ الْكِتَابَةِ وَقَدْ زَالَ، فَبَقِيَ النِّفَازُ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ، فَهَذَا هُوَ الْوَجْهُ، وَكَثِيرًا مَا يُقْلَدُ السَّاهُونَ السَّاهِينَ))، وَرَدَّهُ فِي "الْبَحْرِ"^(٣): ((بأنه سوء أدبٍ وَغَلَطٌ، أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّ الْمَسْأَلَةَ صَرَّحَ بِهَا الْإِمَامُ "مُحَمَّدٌ" فِي "الْجَامِعِ الْكَبِيرِ"^(٤))، فَكَيْفَ يُنْسَبُ السَّهْوُ إِلَيْهِ وَإِلَى مُقْلَدِيهِ؟! وَأَمَّا الثَّانِي فَلَأَنَّ "مُحَمَّدًا" رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَّلَ لَتَوَقُّفِهِ عَلَى إِجَازَةِ الْمَوْلَى بِأَنَّهُ تَجَدَّدَ لَهُ وَلَايَةٌ لَمْ تَكُنْ وَقْتُ الْعَقْدِ، وَهِيَ الْوَلَاءُ بِالْعَتِقِ، وَلِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ الْإِجَازَةُ إِذَا كَانَ هَا وَلِيَ أَقْرَبُ مِنْهُ كَالْأَخِ وَالْعَمِّ، فَصَارَ كَالشَّرِيكِ، إِلَى آخِرِ مَا قَدَّمْنَاهُ عَنْ "شرح التلخيص")، قال: ((وَكثِيرًا مَا يَعْتَرِضُ الْمُخْطِئُ عَلَى الْمُصَيِّبِينَ)) اهـ، وَمِثْلُهُ فِي "النَّهْرِ"^(٥) وَ"الشَّرْئِبَلِيَّةِ"^(٦) وَ"شرح الباقاني".

وَأَجَابَ الْعَلَامَةُ "المقدسي": ((بأنَّ مَا بَحَثَهُ "الكمال" هُوَ الْقِيَاسُ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْإِمَامُ "الحصريُّ" فِي "شرح الجامع الكبير"^(٧))، وَإِذَا كَانَ هُوَ الْقِيَاسَ لَا يُقَالُ فِي شَأْنِهِ: إِنَّهُ غَلَطَ وَسُوءُ

(١) فِي "الأصل" وَ"ب": ((قف)) بَدَل ((مطلب)).

(٢) "الفتح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ٢٧٠/٣.

(٣) "البحر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ٢١٣-٢١٢/٣ بِتَصْرِفٍ.

(٤) "الجامع الكبير": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ أَمْرِ الْمَوْلَى عَبْدَهُ بِالنِّكَاحِ ص ٨.

(٥) "النهر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ق ١٩٠/ب.

(٦) "الشَّرْئِبَلِيَّةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ وَالْكَافِرِ ٣٥١/١. (هَامِشُ "الدَّرَرِ وَالْغَرَرِ").

(٧) الْمُسَمَّى "التَّحْرِيرَ" لِأَبِي مُحَمَّدٍ عَمُودَ بْنِ أَحْمَدَ، جَمَالُ الدِّينِ الْحَصِيرِيِّ الْبُخَارِيِّ (ت ٦٣٦ هـ) شَرَحَ "الْجَامِعَ" =

(ولو قتلَ) المولى (أُمَّتَهُ^(١))

أدب، على أن الشخصَ الذي بلغَ رتبة الاجتهاد إذا قال: مقتضى النظر كذا لشيء هو القياس لا يُردُّ عليه بأن هذا منقول؛ لأنه إنما تبعَ الدليلَ المقبولَ وإن كان البحث لا يقتضي (على المذهب) اهـ.

قلت^(٢): والذي ينبغي عنه سوء الأدب في حق الإمام "محمد" أنه ظنَّ أن الفرع من تفرعات المشايخ، بدليل أنه قال في صدر المسألة: ((وعن هذا استطرفت مسألة نُقِلَتْ من "المحيط"^(٣)، هي أن المولى إذا زَوَّجَ مكاتبته الصَّغِيرَةَ))، إلى أن قال: ((هكذا تواردها الشَّارحون))، فهذا يدلُّ على أنه ظنَّ أنها غير منصوص عليها، فالأنسبُ حُسْنُ الظَّنِّ بهذا الإمام.

[١٢٤٣٩] (قوله: ولو قتلَ المولى أُمَّتَهُ) قيدَ بالقتلِ لأنَّه لو باعها وذَهَبَ بها المشتري من المصرِ أو غيَّها، عوَضَ لا يصلُ إليه الزَّوْجُ لا يسقطُ المهر، بل تسقطُ المطالبةُ به إلى أن يحضرها، وفي "الحانية"^(٤): ((لو أبقت فلا صداقَ لها ما لم تحضر في قياس قول "الشيخين")، "نهر"^(٥). وكالقتل [١٣٦٣/٣] ما لو أعقَّها قبل الدُّخُولِ فاختارت الفرقة. وقيدَ بالمولى لأنَّ قتلَ غيره لا يسقطُ به المهر اتفاقاً، وبالأمةِ لأنَّه لو قتلَ المولى الزَّوْجُ لا يسقطُ؛ لأنَّه تصرفٌ في العاقل دون المعقود عليه. وأراد بالأمةِ الفنةَ والمدبرةَ وأُمَ الولد؛ لأنَّ مهرَ المكاتبَةِ لها لا للمولى، فلا يسقطُ بقتلِ المولى إياها، "بحر"^(٦). وكالمكاتبَةِ المأذونةِ المديونةِ على ما سيجيء^(٧).

= الكبير للإمام محمد، وله شرح آخر مختصر من الشرح الأول. ("كشف الظنون" ٥٦٧/١-٥٦٨، "الجواهر المضية" ٤٣١/٣، "تاج الزاجم" ص ٢٤٤).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ولو قتلَ المولى أُمَّتَهُ، قال في "النهر": هذا عند الإمام، وقالوا: يسقط باعتبار موتها حتف أنفها؛ إذ المقتول ميتٌ بأجله عند أهل السنة، وله أن منحَ البذل قبل التسليم، فيجازى بمنع المبدل إذا كان من أهل المجازات، انتهى)). ق ١٦٧/ب.

(٢) ((قلت)) ساقطة من "م".

(٣) "المحيط الزهاني": كتاب النكاح - الفصل الثامن عشر في نكاح العبيد والإماء ١/ق ٢١٤/أ.

(٤) "الحانية": كتاب النكاح - باب في ذكر المسائل - فصل في المتعة ٣٨٥/١. (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/أ.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٣/٣.

(٧) المقولة [١٢٤٥٥] قوله: ((أو مأذونته المديونة)).

قبل الوطء) ولو خطأ، "فتح"^(١). (وهو مكلف) فلو صبيّاً لم يسقط على
الراجح^(٢).....

[١٢٤٤٠] (قوله: قبل الوطء) أي: ولو حكماً، "نهر"^(٣)؛ لما مرّ مراراً أنّ الخلوة الصّحيحة
وطءٌ حكماً.

[١٢٤٤١] (قوله: ولو خطأ) أي: أو تسيباً كما هو مقتضى الإطلاق، "نهر"^(٤).

[١٢٤٤٢] (قوله: فلو صبيّاً) مثله المجنون بالأولى، "نهر"^(٥).

[١٢٤٤٣] (قوله: على الرّاجح إلخ) ذكر في "المصنّف" فيه قولين، وفي "الفتح"^(٦): ((لو لم يكن
من أهل المجازاة - بأن كان صبيّاً زوّج أمته وصيّته مثلاً - قالوا: يجب أن لا يسقط في قول "أبي
حنيفة" بخلاف الحرّة الصّغيرة، إذا ارتدّت يسقط مهرها؛ لأنّ الصّغيرة العاقلة من أهل المجازاة
على الرّدّة بخلاف غيرها من الأفعال؛ لأنّها لم تحظر عليها، والرّدّة محظورة عليها)) اهـ. فترجّح
عدم السقوط، "بحر"^(٧).

قال "الرحمني": ((لكنّ الصّبي من أهل المجازاة في حقوق العباد، ألا ترى أنّه يجب عليه الدّية
إذا قتل والضّمان إذا أتلّف؟ والمجنون مثله، ولذا تركّ التقييد بالمكلف في "الهداية"^(٨) و"الوقاية"^(٩))

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧١/٣.

(٢) في "د": ((على الرّاجح، ذكره المصنّف)) بزيادة ((ذكره المصنّف)) ق ١٦٧/ب وهي ليست في "ب".

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/ب - ق ١٩١/أ.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/ب.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/أ.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧١/٣.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٣/٣.

(٨) "الهداية": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٦/١.

(٩) "الوقاية": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ١٨١/١. (هامش "كشف الحقائق").

(سَقَطَ الْمَهْرُ لِمَنْعِهِ الْمُبْدَلَ كَحَرِّهِ ارْتَدَّتْ^(١) ولو صغيرة^(٢) (لا لو فَعَلَتْ ذَلِكَ) القتل^(٣) (امراً) ولو أمةً على الصَّحِيح، "خَانِيَّة"^(٤). (بنفسها) أو قَتَلَهَا وارْتُئِهَا،

و"الدَّرَر"^(٥) و"الملتقى"^(٦) و"الكنز"^(٧)، والدَّلِيلُ يَعْضُدُهُ، وفيهم الأسوةُ الحسنةُ).

[١٢٤٤٤] (قوله: سَقَطَ الْمَهْرُ) هذا عنده خلافاً لهما؛ لأنه منعُ الْمُبْدَلَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، فُجَازَى بِنَعْمِ الْبِدَلِ، وَإِنْ كَانَ مَقْبُوضاً لَزِمَهُ رَدُّ جَمِيعِهِ عَلَى الزَّوْجِ، "بِحَرْ"^(٨).

[١٢٤٤٥] (قوله: كَحَرِّهِ ارْتَدَّتْ) لَأَنَّ الْفُرْقَةَ جَاءَتْ مِنْ قَبْلِهَا قَبْلَ تَقَرُّرِ الْمَهْرِ فَيَسْقُطُ،

"رَحْمَتِي".

[١٢٤٤٦] (قوله: ولو صغيرة) لحظَرِ الرَّدَّةِ عَلَيْهَا بِخِلَافِ غَيْرِهَا مِنَ الْأَفْعَالِ كَمَا مَرَّ^(٩).

[١٢٤٤٧] (قوله: لا لو فَعَلَتْ ذَلِكَ القتل امرأة) أي: القتل المذكور، وهو ما يكون قبل

الوطء، قال في "النهر"^(١٠): ((لَأَنَّ حَيَاةَ الْحَرِّ عَلَى نَفْسِهِ هَدَرٌ فِي أَحْكَامِ الدُّنْيَا، وَتَسْلِيمُ أَنَّهَا لَيْسَتْ هَدَرًا فَقَتَلَهَا نَفْسَهَا تَقْوِيَتْ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَبِالْمَوْتِ صَارَ لِلْوَرِثَةِ فَلَا يَسْقُطُ، وَإِذَا لَمْ يَسْقُطْ مَعَ أَنَّ الْحَقَّ لَهَا أَوَّلًا فَعَدَمُ السَّقُوطِ بِقَتْلِ الْوَارِثِ أَوَّلَى)) اهـ.

[١٢٤٤٨] (قوله: ولو أمة) لَأَنَّ الْمَهْرَ لِمَوْلَاهَا، وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ مَنَعُ الْمُبْدَلَ، "بِحَرْ"^(١١). قال "ح"^(١٢):

((حَاصِلُ مَا يُفْهَمُ مِنْ كَلَامِهِمْ أَنَّ الْعِلَّةَ فِي سَقُوطِ الْمَهْرِ أَمْرَانِ: الْأَوَّلُ أَنَّ يَكُونَ صَادِرًا مِنْ لَهُ

(١) في "د" زيادة: ((أي: قَبْلَ الدَّخُولِ، أَوْ قَبْلَ ابْنِ الزَّوْجِ، "فَتَح"). ق ١٦٨/أ.

(٢) في "د" زيادة: ((قوله: لو فعلت ذلك القتل إلخ، أقول: وكذا لا يسقط شيء من المهر لو قتل زوجها كما يقتضيه نظره

الفقيه، ولم أره. وفيه أيضاً خلاف الشافعي، فعنده يسقط مهر من يقتلها الزوج. تأمل: خير الدين الرملي)). ق ١٦٨/أ.

(٣) "الخانية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر - فصل في المتعة ٣٨٥/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "الدَّرَر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر والرقيق ٣٥٢/١.

(٥) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣٦٦/١.

(٦) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام نكاح الرقيق ١٦١/١.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٣/٣.

(٨) المقولة [١٢٤٤٣] قوله: ((على الراجح إلخ)).

(٩) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/أ.

(١٠) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٤/٣.

(١١) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٨/ب.

أو ارتدَّت الأمّة، أو قُبِلَتْ ابنَ زوجها كما رجَّحَهُ في "النهر"؛ إذ لا تفويتَ من المولى (أو فعَلَهُ بعده) أي: الوطء؛ لتقرُّرِهِ به، ولو فعَلَهُ بعده.....

المهر، الثاني [٣/١٣٦ب] أن يترتب عليه حكمٌ دينيٌّ كالْمَذْكُورِ في صدرِ المتن، ففي الأمّة غير المأذونة وغير المكتّبة إذا قَتَلَتْ نفسها فُقِدَ الأمران، وفي الحرّة إذا قَتَلَتْ نفسها والمولى الغير المكلف إذا قَتَلَ أمته فُقِدَ الثاني، وفي الأجنبي أو الوارث إذا قَتَلَ حرّة أو أمة فُقِدَ الأولُ)) اهـ، أي: لأنّ الوارث بالقتل لم يبقَ وارثاً مُستحقّاً للمهر لحُرْمَانِهِ به، فصار كالأجنبي، "بحر" (١).
[١٢٤٤٩] (قوله: أو ارتدَّت الأمّة) مقابل قوله: ((كحرّة ارتدَّت)).

[١٢٤٥٠] (قوله: كما رجَّحَهُ في "النهر" (٢)) راجعٌ للأخيرتين، وسبقَهُ إلى ذلك في "البحر" (٣) قياساً على تصحيح عدم السقوط في قتل الأمّة نفسها، فإنّ "الزيلي" (٤) جعلَ الرّوايتين في الكلّ، وإذا كان الصّحيحُ منهما في مسألة القتل عدم السقوط فليكن كذلك هنا، وهو الظاهر؛ لأنّ المُستحقّ - وهو المولى - لم يفعل شيئاً اهـ.

[١٢٤٥١] (قوله: أو فعَلَهُ الضميرُ المستترُ للمولى المكلف، والبارزُ لـ ((القتل))، "ح" (٥).

[١٢٤٥٢] (قوله: لتقرُّرِهِ) أي: المهر ((به))، أي: بالوطء، "ح" (٦).

[١٢٤٥٣] (قوله: ولو فعَلَهُ بعده) صورته: زَوَّجَ عبده ثم قَتَلَهُ وضمينَ قيمته يُوفى منها مهرُ المرأة، ومثله ما إذا باعَهُ، قال في "النهر" (٧): ((وسياتي أنه لو أعتق المديون كان عليه قيمته،

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٤/٣.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٤/٣ بتصرف.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ١٦٥/٢.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٨/ب.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٨/ب.

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/أ.

أو مكاتبته أو مأذونته المديونة لم يسقط اتفاقاً.

(والإذن في العزل).....

فالقتل أولى))، "ح" (١).

[١٢٤٥٤] (قوله: أو مكاتبته) لما عُرِفَ أنَّ مهرَ المكاتبَةِ لها لا للمولى، "بجر" (٢).

[١٢٤٥٥] (قوله: أو مأذونته المديونة) بحث لصاحب "النهر" (٣) حيث قال: ((وأقول: ينبغي

أن يُقَيَّدَ الخلافُ - أي: الخلافُ المأثور بين "الإمام" و"صاحبيه" - بما إذا لم تكن مأذونةً لحَقِّها به دينٌ، فإن كانت لا يسقط اتفاقاً؛ لما مرَّ من أنَّ المهرَ في هذه الحالة لها تُوفِّي منه دُيونُها، غاية الأمر أنه إذا لم يَفِرْ بدُيونِها كان على المولى قيمتها للغرماء، فتضمُّ إلى المهرِ ويُقسَمُ بينهم)) اهـ.

(تنبيه)

الحاصل: أنَّ المرأةَ إذا ماتت فلا يخلو: إمَّا أن تكون حُرَّةً، أو مكاتبَةً، أو أمةً، وكلٌّ من الثلاث إمَّا أن يكون حَتَفَ أنفِها، أو بَقَّتْها نفسُها، أو بَقَّتْها غيرُها، وكلٌّ من التسعة إمَّا قبل الدُّخولِ أو بعده، فهي ثمانية عشر، ولا يسقط مهرُها على الصَّحيح إلا إذا كانت أمةً وقَتَلها سيِّئُها قبل الدُّخولِ، "بجر" (٤).

قلت: ويُرَادُ في التَّقْسِيمِ المأذونة المديونة، فتَبْلُغُ الصُّورُ أربعاً (٥) وعشرين.

مطلب في حكم العزل (٦)

[١٢٤٥٦] (قوله: والإذن في العزل) أي: عَزَلَ زَوْجَ الْأَمَةِ.

(١) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٨/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ٢١٣/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ٢١٣/٣.

(٥) في "م": ((أربعة)).

(٦) عبارة "الأصل" و"ب": ((مطلب في حكم العزل وإسقاط الولد)).

وهو الإنزال خارجَ الفرج (لمولى الأَمَةِ لا لها) لأنَّ الولدَ حقُّه،.....

[١٢٤٥٧] (قوله: وهو الإنزال خارجَ الفرج) أي: بعدَ النَّزْعِ منه لا مطلقاً، فقد قال في "المصباح"^(١): ((فائدة: المُجامِعُ إنَّ أُمْنَى في الفرج الذي [١/٣٧٣/٣] ابتداءً الجِمَاعُ فيه قيل: أَمْنَاهُ وأُلْقَى مائَهُ، وإنَّ لم يُنْزَلْ فإنَّ كان لإِعْيَاءٍ وفُتُورٍ قيل: أَكْسَلٌ وأَقْحَطٌ وفَهْرٌ، وإنَّ نَزَعَ وأُمْنَى خارجَ الفرج قيل: عَزَلٌ، وإنَّ أَوْلَجَ في فرجٍ آخرَ فأُمْنَى فيه قيل: فَهَرٌ فَهْرًا من بابٍ منعٍ، ونُهِيَ عن ذلك، وإنَّ أُمْنَى قبلَ أنْ يُجَامِعَ فهو الزُّمْلُقُ بضمِّ الزَّايِ وفتح الميم مُشَدَّدَةٌ^(٢) وكسر اللام)).

[١٢٤٥٨] (قوله: لمولى الأَمَةِ) ولو مُدْبِرَةٌ أو أُمٌّ وَلَدٍ، وهذا هو ظاهرُ الروايةِ عن "الثلاثة"؛ لأنَّ حَقَّها في الوطءِ قد تَأَدَّى بالجِمَاعِ، وأَمَّا سَفْحُ الماءِ ففائدتهُ الولدُ، والحَقُّ فيه للمَوْلَى، فاعتبرَ إِذْنُهُ في إسقاطِهِ، فإذا أَدْنِ فلا كراهةَ في العَزْلِ عندَ عامَّةِ العلماءِ، وهو الصَّحِيحُ، وبذلك تظافرتِ الأخبارُ، وفي "الفتح"^(٣): ((وفي بعضِ أجوبةِ المشايخِ الكراهةُ، وفي بعضِ عدلِّها))، "نهر"^(٤). وعنهما أنَّ الإِذْنَ لها، وفي "القَهْستاني"^(٥): ((أَنَّ للسَّيِّدَ العَزْلَ عن أَمَتِهِ بلا خلافٍ، وكذا لزوجِ الحُرَّةِ بإذنها))، وهل للأبِّ أو الجدِّ الإِذْنَ في أَمَةِ الصَّغِيرِ؟ في "حاشيةِ أبي السَّعُود"^(٦) عن "شرح الحموي": ((نعم))، قال "ط"^(٧): ((وفيه أَنَّهُ لا مصلحةٌ للصَّيِّ فيه؛ لأنَّهُ لو جاء وَلَدٌ يَكُونُ رَقِيقاً له، إلَّا أنَّ يُقالَ: إِنَّهُ مَتَوَهُمٌ)) اهـ.

(قوله: وفيه أَنَّهُ لا مصلحةٌ للصَّيِّ فيه إلخ) قد يُقالُ: فيه مَصْلَحَةٌ له بِدَفْعِ الحَبْلِ عن أَمَتِهِ؛ إِذْ هو عَيْبٌ في بناتِ آدَمَ.

(١) "المصباح": مادة (عزل) بتصرف، وفيه: (أَمْنَاهُ) بدل (أَمْنَاهُ)).

(٢) في "م": ((المشَدَّة)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٣/٣.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/ب.

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل نكاح القن ٢٩٤/١.

(٦) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٩/٢.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٦/٢ بتصرف.

وهو يفيدُ التقييدَ بالبالغة، وكذا الحرَّة^(١)، "نهر"^(٢).

(ويعزّل عن الحرَّة) وكذا المكاتبَة، "نهر"^(٣) بحثاً^(٤).....

وفيه أنه لو لم يُعتبرِ التَّوَهُّمُ هنا كما توقّفَ على إذنِ المولى، تأمل.

(١٢٤٥٩) (قوله: وهو - أي: التعليل المذكور - يفيدُ التقييدَ) أي: تقييدَ احتياجهِ إلى الإذنِ بالبالغة، وكذا الحرَّة بتقييد^(٥) احتياجهِ بالبالغة؛ إذ غيرُ البالغة لا ولدَ لها، قال "الرحمي": ((والبالغة المراهقة؛ إذ يمكنُ بلوغها وجلبها)) اهـ.

ومفادُ التعليلِ أيضاً أنَّ زَوْجَ الأُمّة لو شَرَطَ حرّيةَ الأولادِ لا يتوقّفُ العزْلُ على إذنِ المولى كما بحثه السيّدُ "أبو السعود"^(٦).

(١٢٤٦٠) (قوله: "نهر"^(٧) بحثاً) أصله لصاحب "البحر"^(٨) حيث قال: ((وأما المكاتبَة فينبغي أن يكونَ الإذنُ إليها؛ لأنَّ الولدَ لم يكن للمولى، ولم أرَه صريحاً)) اهـ.

وفيه أنَّ للمولى حقّاً أيضاً باحتمالِ عجزِها ورَدّها إلى الرّق، فينبغي توقُّفه على إذنِ المولى أيضاً رعايةً للحقّين، "رحمي".

(قوله: ومفادُ التعليلِ أيضاً أنَّ زَوْجَ الأُمّة لو شَرَطَ إلخ) فيه أنَّ زَوْجَ الأُمّة وإن شَرَطَ حرّيةَ الأولادِ لا يَنقُطِعُ حقُّ مولاهما عنهم بسببِ الولاءِ له عليهم، كما يُفيدُه ما سبقَ من تعليلِ حرّيةِ الأولادِ.

(١) في "د" زيادة: ((قوله: وكذا الحرّة، يعني: إمّا يتوقّف على إزنها إذا كانت بالغة؛ إذ لا ولد قبل البلوغ، "خانية" حلبي)). ق ١٦٨/أ.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/أ يتصرف.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/أ يتصرف.

(٤) في "د" زيادة: ((قال في "النهر": وأما الصّغيرة فله العزل عنها بغير إذنِ المولى، كما يفيدُه التعليل، انتهى)). ق ١٦٨/أ.

(٥) في "ب" و"م": ((بتقييد)) بياء واحدة.

(٦) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٩/٢.

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/أ.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٥/٣.

((بإذنها)) لكن في "الخائنة": ((أنه يباح في زماننا لفساده))، قال "الكمال": ((فليعتبر عُذراً مُسْقِطاً لإذنها))،.....

[١٢٤٦١] (قوله: لكن في "الخائنة" ^(١)) عبارتها - على ما في "البحر" ^(٢) - : ((ذكر في الكتاب: "أنه لا يباح بغير إذنها، وقالوا: في زماننا يباح لسوء الزمان") اهـ.
[١٢٤٦٢] (قوله: قال "الكمال" ^(٣)) عبارته: ((وفي "الفتاوى": إن خاف من الولد السوء في الحرّة يسعه العزل بغير رضاها [١٣٧٣/ب] لفساد الزمان، فليعتبر مثله من الأعذار مُسْقِطاً لإذنها)) اهـ.

فقد عُلِمَ مما في "الخائنة" أن منقول المذهب عدم الإباحة، وأن هذا تقييد من مشايخ المذهب لتغيير بعض الأحكام بتغير الزمان، وأقرّه في "الفتح" ^(٤)، وبه جزم "القهستاني" ^(٥) أيضاً حيث قال: ((وهذا إذا لم يخف على الولد السوء لفساد الزمان، وإلا فيحوز بلا إذنها)) اهـ.

لكن قول "الفتح": ((فليعتبر مثله إلخ)) يُحتمل أن يريد بالمثل ذلك العذر كقولهم: مثلك لا يَحِلُّ، ويُحتمل أنه أراد إلحاق مثل هذا العذر به، كأن يكون في سفرٍ بعيدٍ أو في دار الحرب فخاف على الولد، أو كانت الزوجة سيئة الخلُق ويُريد فراقها، فخاف أن تحبل، وكذا ما يأتي ^(٦) في إسقاط الحمل عن "ابن وهبان"، فافهم.

(١) "الخائنة": كتاب الحظر والإباحة - باب فيما يكره من النظر والمس للأقارب والأجانب وما لا يكره - فصل في الختان ٤١٠/٣. (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٤/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٣/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٣/٣.

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل في نكاح القن ٢٩٤/١.

(٦) في المقولة الآتية.

وقالوا: يُباح إسقاط الولد قبل أربعة أشهر ولو بلا إذن الزوج^(١) (وعن أمته بغير إذنهما) بلا كراهة، فإن ظهر بها حبْلٌ حلَّ نفيه^(٢).....

مطلب في حكم إسقاط الحمل

[١٢٤٦٣] (قوله: وقالوا إلخ) قال في "النهر"^(٣): ((بقي: هل يباح الإسقاط بعد الحمل؟ نعم يُباح ما لم يتخلّق منه شيء، ولن يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرين يوماً، وهذا يقتضي أنهم أرادوا بالتخليق نفخ الروح، وإلا فهو غلط؛ لأنّ التخليق يتحقّق بالمشاهدة قبل هذه المدّة، كذا في "الفتح"^(٤). وإطلاقهم يُفيد عدم توقّف جواز إسقاطها قبل المدّة المذكورة على إذن الزوج. وفي كراهة "الخاتية"^(٥): ولا أقول بالحلّ؛ إذ المحرّم لو كسر بيض الصيد ضمّنه؛ لأنّه أصل الصيد^(٦)، فلمّا كان يؤاخذ بالجزء فلا أقلّ من أن يلحقها إنّه إذا أسقطت بغير عذر اهـ. قال "ابن وهبان": ومن الأعداء أن ينقطع لبنها بعد ظهور الحمل وليس لأبي الصبي ما يستأجر به الظفر ويخاف هلاكه، ونقل عن "الذخيرة": لو أرادت الإلقاء قبل مضي زمن نفخ فيه الروح هل يباح لها ذلك أم لا؟ اختلفوا فيه، وكان الفقيه "علي بن موسى" يقول: إنّه يُكره، فإنّ الماء بعدما وقّع في الرّحم مألّه الحياة، فيكون له حكم الحياة كما في بيضة صيد الحرّم، ونحوه

(١) في "د" و"و": ((زوج)).

(٢) في "د" زيادة: ((قوله: فإن ظهر بها حبْلٌ حلَّ نفيه إلخ، لكن في "الخاتية": له أمة غير محصّنة، ويعزل عنها فحلات بولد، وأكبر ظنّه أنّه ليس منه كان في سعة من نفيه، وإن كانت محصّنة لا يسعه نفيه؛ لأنّه ربّما يعزل فيقع الماء في الفرج

الخارج ثم يدخل، فلا يعتمد على العزل، وهذا يُفيد ما مرّ من العزل بعدم التحصين، انتهى)). ق ١٦٨/١.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/١ - ب.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٤/٣.

(٥) "الخاتية": كتاب الحظر والإباحة - باب فيما يكره من النظر والمس للأقارب والأجانب وما لا يكره - فصل في

الختان ٤١٠/٣. (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) ((ضمّنه؛ لأنّه أصل الصيد)) ساقط من "الأصل".

إِنْ لَمْ يُعِدَّ قَبْلَ بَوْلِ.....

في "الظهيرية"^(١)، قال "ابن وهبان": فإباحة الإسقاطِ محمولةٌ على حالة العذرِ أو أنها لا تأثمُ إثمَ القتلِ اهـ. وبما في "الذخيرة" تبينُ أنهم ما أرادوا بالتخليقِ إلا نفخَ الروحِ، وأنَّ "قاضي خان" مسبوقٌ بما مرَّ من التَّفَقُّه، والله [١/١٣٨ق/٣] تعالى الموفقُ)) اهـ كلامُ "النهر"، ح "^(٢).

(تنبيه)

أَخَذَ في "النهر" من هذا ومما قَدَّمَهُ^(٣) "الشَّارْحُ" عن "الخاتبة" و"الكمال": ((أنَّهُ يجوزُ لها سَدُّ فَمِ رَجِمِهَا كَمَا تَفْعَلُهُ النِّسَاءُ)) مُخَالَفًا لِمَا بَحَثَهُ في "البحر"^(٤): ((مَنْ أَنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ حَرَامًا بِغَيْرِ إِذْنِ الزَّوْجِ قِيَاسًا عَلَى عَزْلِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا))^(٥).

قُلْتُ: لَكِنْ في "الْبِرَازِيَّةُ"^(٦): ((أَنَّ لَهُ مَنَعَ امْرَأَتِهِ عَنِ الْعَزْلِ)) اهـ. نَعَمْ، النَّظَرُ إِلَى فِسَادِ الزَّمَانِ يُفِيدُ الْجَوَازَ مِنَ الْجَانِبِينَ، فَمَا في "البحر" مَبْنِيٌّ عَلَى مَا هُوَ أَصْلُ الْمَذْهَبِ، وَمَا في "النهر" عَلَى مَا قَالَهُ الْمَشَائِخُ، وَاللَّهُ الْمَوْفِقُ.

[١٢٤٦٤] (قَوْلُهُ: إِنْ لَمْ يُعِدَّ قَبْلَ بَوْلِ) بِأَنْ لَمْ يُعِدَّ أَصْلًا، أَوْ عَادَ بَعْدَ بَوْلِ، "نهر"^(٧)، أَيْ: وَعَزَلَ فِي الْعَوْدِ أَيْضًا كَمَا نَقَلَهُ "أَبُو السُّعُود"^(٨) عَنْ "الْحَانُوتِي"، وَنَقَلَ أَيْضًا عَنْ خَطِّ

(١) "الظهيرية": كتاب الكراهية - الفصل الثالث في المعالجات وجراحات الآدمي والحيوانات ق ١٨٥/١.

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٩/١.

(٣) "در" ص ٥٨٥.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٢١٥.

(٥) في "ذ" زيادة: ((لَكِنْ في الحظر والإباحة من "الهندية" عن "وجيز الكردي" أَنَّ لَهُ مَنَعَ امْرَأَتِهِ عَنِ الْعَزْلِ)). ق ١٦٨/١.

(٦) "البرازية": كتاب الكراهية - الفصل السابع في النكاح ٦/٣٦٨. (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/١ بتصرف.

(٨) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢/٨٠.

(وَحْصِرَتْ أُمَّةٌ) وَلَوْ أُمٌّ وَلَدٍ (وَمَكَاتِبَةٌ) وَلَوْ حُكْمًا كَمُعْتَقَةٍ بَعْضٍ (عَتَقْتُ تَحْتَ حُرٍّ أَوْ عَبْدٍ وَلَوْ كَانَ النِّكَاحُ بِرِضَاهَا).....

"الزَّيْلَعِيُّ"^(١): ((أَنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يُرَادَ: بَعْدَ غَسَلِ الذَّكَرِ))، أَي: لَنَفِيِ احْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ عَلَى رَأْسِ الذَّكَرِ بَقِيَّةٌ مِنْهُ بَعْدَ الْبَوْلِ فَتَزُولُ بِالْغَسْلِ. وَبِهِ ظَهَرَ أَنَّ مَا ذَكَرُوهُ فِي بَابِ الْغَسْلِ أَنَّ النَّوْمَ وَالْمَشْيَ مِثْلُ الْبَوْلِ فِي حُصُولِ الْإِنْتِقَاءِ لَا يَتَأْتِي هُنَا، فَافْهَم.

[١٢٤٦٥] (قَوْلُهُ: وَحْصِرَتْ أُمَّةٌ) هَذَا يُسَمَّى خِيَارَ الْعِتْقِ، قَالَ فِي "النَّهْرِ"^(٢): ((وَلَوْ اخْتَارَتْ نَفْسُهَا بِإِلَاعِمِ الزَّوْجِ يَصُحُّ، وَقِيلَ: لَا يَصُحُّ بِغَيْرِهِ، كَذَا فِي "جَامِعِ الْفُصُولِينَ"^(٣))).

[١٢٤٦٦] (قَوْلُهُ: وَلَوْ أُمٌّ وَلَدٍ) أَي: أَوْ مُدْبِرَةً، وَشَمِلَ الْكَبِيرَةَ وَالصَّغِيرَةَ، "بَحْرُ"^(٤).

[١٢٤٦٧] (قَوْلُهُ: وَمَكَاتِبَةٌ) خَالَفَ "زَفَرٌ" فَقَالَ: لَا خِيَارَ لَهَا، وَقَوَّاهُ فِي "الْفَتْحِ"^(٥)، وَأَجَابَ

عَنْهُ فِي "الْبَحْرِ"^(٦).

[١٢٤٦٨] (قَوْلُهُ: وَلَوْ كَانَ النِّكَاحُ بِرِضَاهَا) وَكَذَا بِلُؤْنِ رِضَاهَا بِالْأُولَى، وَعِبَارَةٌ

"الزَّيْلَعِيُّ"^(٧) وَغَيْرُهُ: ((وَلَا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ أَنْ يَكُونَ بِرِضَاهَا أَوْ بِغَيْرِهِ)) اهـ.

وَهَذَا التَّعْمِيمُ ظَاهِرٌ فِي غَيْرِ الْمَكَاتِبَةِ؛ لِمَا قَدَّمَهُ^(٨) "الشَّارِحُ" قَرِيبًا: ((مَنْ أَنْ لَهُ إِجْبَارٌ قَنِيَّ

(قَوْلُهُ: وَهَذَا التَّعْمِيمُ ظَاهِرٌ فِي غَيْرِ الْمَكَاتِبَةِ) [خ] بَلْ هُوَ ظَاهِرٌ فِيهَا أَيْضًا ذَلِكَ: بِأَنَّ زَوْجَ أُمَّتِهِ قَبْلَ عَقْدِ

الْكِتَابَةِ ثُمَّ كَاتِبُهَا ثُمَّ عَتَقَتْ يُثْبِتُ لَهَا خِيَارَ الْعِتْقِ، فَفِي هَذِهِ ثَبَتَ لَهَا الْخِيَارُ مَعَ أَنَّ النِّكَاحَ بِإِلَاعِمِ رِضَاهَا.

(١) هَذَا الْكَلَامُ لَيْسَ فِي "تَبْيِينَ الْحَقَائِقِ" بَلْ ذَكَرَهُ ابْنُ الشَّلْبِي فِي "حَاشِيَتِهِ عَلَى تَبْيِينَ الْحَقَائِقِ" ١٦٦/٢.

(٢) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ق ١٩١/ب.

(٣) "جَامِعُ الْفُصُولِينَ": الْفَصْلُ الْخَامِسُ وَالْعِشْرُونَ فِي الْخِيَارَاتِ ٣٢٥/١.

(٤) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ٢١٥/٣.

(٥) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ٢٧٥/٣.

(٦) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ٢١٥/٣.

(٧) "تَبْيِينَ الْحَقَائِقِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ١٦٦/٢.

(٨) "دَرْ" ٥٧٣-٥٧٤.

دَفْعاً لِرِيَادَةِ الْمَلِكِ عَلَيْهَا بِطَلْقِهَا ثَالِثَةً، فَإِنْ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَلَا مَهْرَ لَهَا، أَوْ زَوْجَهَا
فَالْمَهْرُ لِسَيِّدِهَا،.....

على النكاح لا مَكَاتِبَهُ وَلَا مَكَاتِبَتَهُ))، وفي "المعراج": ((أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ^(١) إِجْبَارُهُمَا بِالْإِجْمَاعِ))، وبه
تَأْيِيدُ قَوْلُهُ فِي "الشَّرْئِيعَةِ"^(٢): ((إِنَّ نَفْيَ رِضَاءِ الْمَكَاتِبَةِ مَنْفِيٌّ، فَإِنَّهُ كَمَا لَا يَنْفَذُ تَزْوِجُهَا نَفْسَهَا بِدُونِ
إِذْنِ مَوْلَاهَا لِبَقَاءِ مِلْكِهِ لِرَقَبَتِهَا لَا يَنْفَذُ تَزْوِجُهَا بِإِذَاهَا بِدُونِ إِذْنِهَا لِمَوْحَبِ الْكِتَابَةِ))، وعَمَامَةُ هُنَاكَ.

[١٢٤٦٩] (قَوْلُهُ: دَفْعاً لِرِيَادَةِ الْمَلِكِ عَلَيْهَا) عِلَّةٌ لِقَوْلِهِ: ((خُيِّرَتْ))، وَذَلِكَ أَنَّ الزَّوْجَ كَانَ
يَمْلِكُ عَلَيْهَا طَلْقَتَيْنِ، فَلَمَّا صَارَتْ حُرَّةً صَارَ يَمْلِكُ عَلَيْهَا طَلْقَةً ثَالِثَةً، وَفِيهِ ضَرَرٌ لَهَا، فَمَلَكْتُ
رَفَعَ أَصْلَ الْعَقْدِ لِدَفْعِ الزِّيَادَةِ الْمُضِرَّةِ لَهَا، وَلِهَذَا لَمْ يُبَيَّنْ خِيَارُ الْعَتَقِ لِلْعَبْدِ الذَّكَرِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ
ضَرَرٌ، وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى الطَّلَاقِ. [ب/١٣٨٥/٣]

[١٢٤٧٠] (قَوْلُهُ: فَلَا مَهْرَ لَهَا) أَي: إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا الزَّوْجُ؛ لِأَنَّ اخْتِيَارَهَا نَفْسَهَا فَسَخَّ مِنْ
الْأَصْلِ، وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا فَالْمَهْرُ لِسَيِّدِهَا؛ لِأَنَّ الدُّخُولَ بِحَكْمِ نِكَاحٍ صَحِيحٍ، فَتَقَرَّرَ بِهِ الْمَسْمِيُّ،
"بِحَرْ" ^(٣).

[١٢٤٧١] (قَوْلُهُ: أَوْ زَوْجَهَا) بِالنَّصْبِ عَطْفٌ عَلَى قَوْلِهِ: ((نَفْسَهَا)).

[١٢٤٧٢] (قَوْلُهُ: فَالْمَهْرُ لِسَيِّدِهَا) أَي: سِوَاءَ دَخَلِ الزَّوْجُ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ
وَاجِبٌ بِعَقَابِلَةِ مَا مَلَكَ الزَّوْجُ مِنَ الْبُضْعِ، وَقَدْ مَلَكَهُ عَنِ الْمَوْلَى فَيَكُونُ بَدْلُهُ لِلْمَوْلَى، "بِحَرْ" ^(٤).

(قَوْلُهُ: وَذَلِكَ أَنَّ الزَّوْجَ كَانَ يَمْلِكُ عَلَيْهَا طَلْقَتَيْنِ) (إِلخ) أوردَ على هَذَا التَّعْلِيلِ بَأَنَّ فِيهِ دَفْعُ ضَرَرٍ
عَنْهَا بِإِثْبَاتِ ضَرَرٍ عَلَيْهِ وَهُوَ: رَفْعُ أَصْلِ الْعَقْدِ، وَالْأَسْلَمُ الْإِسْتِدْلَالُ بِحَدِيثِ "بَرِيرَةَ" حِينَ أُعْتِقَتْ؛ فَإِنَّهُ
عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ لَهَا: ((مَلَكْتُ بُضْعَكَ فَاخْتَارِي)) قَالَ هِيَ حِينَ عَتَقْتُ.

(١) مِنْ ((إِجْبَارٍ)) إِلَى ((لَيْسَ لَهُ)) سَاقَطَ مِنْ "٣".

(٢) "الشَّرْئِيعَةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ وَالْكَافِرِ ٣٥١/١. (هَامِشُ "الدَّرَرِ وَالْغُرَرِ").

(٣) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ٢١٦/٣.

(٤) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ ٢١٦/٣.

ولو صغيرةً تُوَحَّرْ لبلوغها، وليس لها خيارٌ بلوغٍ في الأصحَّ (أو كانت) الأُمّةُ (عند النكاح حُرّةً ثمَّ صارت أُمّةً) بأن ارتدّا وَلَحِقًا بدارِ الحرب،.....

عن "غاية البيان".

قلت: وقولُه: ((سواء دَخَلَ بها الزَّوْجُ أو لم يَدْخُلْ)) لا يُنافي ما سيأتي^(١) متناً من التفصيلِ بأنّه لو وَطِئَ الزَّوْجُ قبلَ العتقِ فالْمَهْرُ للمولى، أو بعدَهُ فلها؛ لأنَّ ذاكَ فيما إذا كان النكاحُ بدوِنِ إذنِ المولى وَنَفَذَ النكاحُ بالعتق، وبه تَمْلِكُ منافعُها، فإذا وَطِئَ بعدَهُ فالْمَهْرُ لها بخلافِ ما هنا، فإنَّ النكاحَ بالإذنِ، فنَفَذَ النكاحُ في حالِ قيامِ الرِّقِّ كما سيأتي^(٢)، فافهم.

(١٢٤٧٣) وقولُه: (ولو صغيرةً) أي: لو كانت المَعْتَقَةُ صغيرةً وقد زَوَّجَهَا مولاهُ قبلَ العتقِ تأخَّرَ خيارُها إلى بُلُوغِها، قال في "البحر"^(٣): ((لأنَّ فسخَ النكاحِ من التَّصَرُّفَاتِ المُتَرَدِّدَةِ بين النَّفْعِ والضَّرَرِ، فلا تَمْلِكُهُ الصَّغِيرَةُ، ولا يَمْلِكُهَا وَلِيُّهَا لقيامِ مَقَامِها، كذا في "جامع الفصولين"^(٤)، فإذا بَلَغَتْ كان لها خيارُ العتقِ لا خيارُ البلوغِ على الأصحَّ، كذا في "الذَّخِيرَةُ")) اهـ.

٣٨٠/٢

وقيل: يَنْبَغُ لها خيارُ البلوغِ أيضاً، ويدخلُ تحتِ خيارِ العتقِ، وأمّا لو زَوَّجَهَا بعدَ العتقِ ثمَّ بَلَغَتْ فإنَّ لها خيارَ البُلُوغِ؛ لأنَّ ولايةَ المولى عليها في الصُّورَةِ الأولى كولايةِ الأبِّ بل أقوى،

(قوله: كذا في "جامع الفُصُولَيْنِ") تُنظَرُ عبارةُ "الفُصُولَيْنِ"، والأَوْضَحُ في تعليلِ هذه المسألةِ أنْ يُقالَ: كما نقلَهُ السَّيِّدِيُّ^(٥) عن الرَّحْمِيِّ: لأنَّ عبارةَ مُلْغَاةٍ، ولا يُمكنُ اختيارُ مولاهُ لأنَّ هذا ممَّا لا يَقومُ مَقَامُها فيه؛ لأنَّ صلاحيةَ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلاَخَرِ وَالوَقْفُ بينهما لا يُدْرِكُهُ المَوْلَى فَتَعَيَّنَ تَوَقُّفُهُ على بُلُوغِها اهـ. وعلى أنْ عبارةُ "الفُصُولَيْنِ" كما ذَكَرَ، فقوله: ((لِقِيَامِ مَقَامِها)) عِلَّةٌ لِلنَّفْيِ وهو يَمْلِكُ، لا لِلنَّفْيِ، وَعِلَّتُهُ ممَّا عَلِمْتُهُ، ثُمَّ رَأَيْتُ عبارةَ "الفُصُولَيْنِ" هكذا: ((و كذا وَلِيُّها لا يَتَصَرَّفُ بِهِ لِقِيَامِ مَقَامِها)) اهـ. ويَصَحُّ أنْ يَكُونَ عِلَّةً لِلنَّفْيِ يعني: أَنَّهُ قائمٌ مَقَامُها وهي لا تَمْلِكُهَا فَكُذا مَن قَامَ مَقَامُها.

(١) "در" ص ٥٩٧-

(٢) المَقُولَةُ [١٢٥٠٤] قوله: ((لِقَابِلَتِهِ بِمَنْفَعَةِ مِلْكَتِها)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٣/٣٢٥.

(٤) جامع الفصولين: الفصل الخامس والعشرون في الخيارات ١/٤٢٥.

ثُمَّ سُبِيَا مَعًا، فَأُعْتِقَتْ خَيْرَتٌ عِنْدَ "الثاني" خلافاً لـ "الثالث"، "مبسوط" (١).....

وفي هذه كَوْلَايَةِ الْأَخِ وَالْعَمِّ بَلْ أضعفُ كما أوضحناه في بابِ الوليِّ.

[١٢٤٧٤] (قوله: معاً) قِيْدٌ فِي الْجُمْلَةِ الثَّلَاثَةِ، وَإِنَّمَا قِيْدٌ بِهِ لِأَنَّ بَارْتَدَا أَحَدِهِمَا أَوْ لِحَاقِهِ أَوْ سَبِيَّهُ يَنْفُسُخُ النِّكَاحُ. اهـ "ح" (٢).

[١٢٤٧٥] (قوله: خَيْرَتٌ عِنْدَ "الثاني") لِأَنَّهَا بِالْعِتْقِ مَلَكَتْ أَمْرَ نَفْسِهَا، وَازْدَادَ مِلْكُ الزَّوْجِ عَلَيْهَا، "ح" (٣) عَنْ "البحر" (٤).

[١٢٤٧٦] (قوله: خلافاً لـ "الثالث") أَي: حَيْثُ قَالَ: لَا خِيَارَ لَهَا؛ لِأَنَّ بِأَصْلِ الْعَقْدِ ثَبَتَ عَلَيْهَا مِلْكُ كَامِلٍ بِرِضَاهَا، ثُمَّ انْتَقَصَ الْمِلْكُ، فَإِذَا أُعْتِقَتْ عَادَ إِلَى أَصْلِهِ كَمَا كَانَ، وَلَا يَنْفَى تَرْجِيحُ قَوْلِ "أَبِي يَوْسُفَ" لِدُخُولِهِ تَحْتَ النَّصِّ، كَذَا فِي "البحر" (٥). وَمُرَادُهُ بِالْأَصْلِ قَوْلُهُ ﷺ لـ "بَرِيرَةَ" حِينَ أُعْتِقَتْ: «مَلَكَتْ بَضْعُكَ فَاخْتَارِي» (٦) [١/٣٩ق/٣] اهـ "ح" (٧)، أَي: حَيْثُ أَفَادَ

(١) "المبسوط": كتاب النكاح - باب الخيار في النكاح ١٠٠/٥.

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٩/أ.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٩/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٦/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٦/٣.

(٦) أخرجه الدارقطني ٢٩٠/٣ كتاب النكاح - باب المهر، ولفظه: ((أذهبني فقد عتق مملكتك بضعتك))، وابن سعد في "الطبقات" ١٨٩/٨ عن الشعبي مرسلاً، وأورده الزيلعي في "نصب الراية" ٢٤٠/٣، وابن حجر في "تلخيص الحبير" ١٧٨/٣ وقال: هذا مرسل، ووصله الدارقطني من طريق أناب بن صالح، عن هشام، عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها. وفي الصحيحين عن عائشة أن بريدة عتقت فخيرها النبي ﷺ من زوجها، أخرجه البخاري (٥٠٩٧) كتاب النكاح - باب الحرة تحت العبد، و(٥٢٨٤) كتاب الطلاق، ومسلم (١٥٠٤) (٩) و(١٢) كتاب العتق - باب الولاء لمن أعتق، وابن الجوزي في "التحقيق في مسائل الخلاف" ٧٩/٩ - ٨٠. والطحاوي في "شرح معاني الآثار" ٨٢/٣ كتاب النكاح - باب الأمة تعتق وزوجها حر هل لها خيار أم لا؟

(٧) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٩/أ.

(والجاهل بهذا الخيار) خيار العتق (عذر) فلو لم تعلم به حتى ارتدًا ولحقًا، فعلمت ففسخت صَحَّ، إلا إذا قضي باللاحق،.....

قوله: «فاختاري» أنَّ علة الاختيار ملك البضع على وجه زاد ملك الزوج عليها، مثل: زنى فرجهم، وسرق فقطع، حيث أفادت الفاء أنَّ العلة الزنا والسرقه كما تقرر في الأصول، فلا يرد ما أوردته "الرحمي": ((من أنَّ النص لا عموم فيه؛ لأنه خطاب لمعينة))، فتدبر.

[١٢٤٧٧] قوله: خيار العتق بدل من ((هذا الخيار))، "ح" (١).

[١٢٤٧٨] قوله: عذر أي: لاشتغالها بخدمة المولى، فلا تنفرغ للتعلم، ثم إذا علمت يطل بما يدل على الإعراض في مجلس العلم كخيار المخيرة، ولو جعل لها قدرًا على أن تختاره ففعلت سقط خيارها كما في "النهر" (٢)، زاد في "تلخيص الجامع": ((ولا شيء لها؛ لأنه حق ضعيف، فلا يظهر في حق الاعتياض كسائر الخيارات والشفعة والكفالة بالنفس بخلاف خيار العيب)).

[١٢٤٧٩] قوله: فلو لم تعلم به قال في "البحر" (٣) عن "الحيط": ((إذا زوج عبده أمتة ثم أعتقها، فلم تعلم أنَّ لها الخيار حتى ارتدًا ولحقًا بدار الحرب ورجعا مسلمين، ثم علمت بثبوت الخيار أو علمت بالخيار في دار الحرب فلها الخيار) (٤) في مجلس العلم)) اهـ "ح" (٥).

وكذا الحريئة إذا تزوجها حربي ثم أعتقت خبرت سواء علمت في دار الحرب أو في دارنا بعد الإسلام، "نهر" (٦).

[١٢٤٨٠] قوله: إلا إذا قضي باللاحق أي: فلا يصح فسخها لعودها رقيقة بالحكم بلحاقها؛

قوله: لأنه خطاب لمعينة) ونكاحها لم ينعقد موجبًا بثلاث.

(١) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٩/١.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٦/٣.

(٤) ((فلها الخيار)) ساقط من الأصل.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٩/١.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩١/ب.

وليس هذا حكماً^(١) بل فتوى، "كافي". (ولا يتوقفُ على القضاء) ولا يبطلُ بسكوتٍ..

لأنَّ الكُفَّارَ في دارِ الحربِ كلُّهم أَرْقَاءُ وإنْ كانوا غيرَ مملوكينَ لأحدٍ كما يأتي أوَّلُ العِتاقِ. اهـ
"ح"^(٢)، وأقره "ط"^(٣) و"الرحمي".

قلت: ما يأتي محمولٌ على الحربيِّ إذا أُسرَ، فهو رقيقٌ قبلَ الإحرازِ بدارنا، وبعده رقيقٌ ومملوكٌ كما سيأتي^(٤) هناك، وهو صريحٌ ما قدَّمناه^(٥) أوَّلُ هذا البابِ، فالظاهرُ أنَّ علَّةَ عدمِ صحَّةِ الفسخِ كونُ الحكمِ باللِّحاقِ موتاً حكماً يسقطُ به التَّصرُّفاتُ الموقوفةُ على الإسلامِ، فيسقطُ به حقُّ الفسخِ الذي هو حقٌّ مجرَّدٌ بالأوَّلِ، ثم رأيتُ في "شرح التلخيص" علَّلَ بما قلَّته، فله تعالي الحمد.

[١٢٤٨١] (قوله): وليس هذا حكماً^(٦) جوابُ سؤالٍ تقديره: كيف حكمتُم بصحَّةِ فسخِ من في دارِ الحربِ وأحكامنا مُنقطعةٌ عنهم؟! "ح"^(٧)^(٨).

[١٢٤٨٢] (قوله): بل فتوى) أي: إخبارٌ عند السؤالِ عن الحادثة، "ط"^(٩).

[١٢٤٨٣] (قوله): ولا يتوقفُ) أي: الفسخُ بخيارِ العتقِ لا يتوقفُ على قضاءِ القاضي.

[١٢٤٨٤] (قوله): ولا يبطلُ بسكوتٍ) أي: ولو كانت بكراً، بل لا بدُّ من الرِّضاءِ

[١٣٩/٣] ب/ صريحاً أو دلالةً، "ط"^(١٠).

(١) في "الأصل" و"٣" و"م": ((بحكم))، وفي "ب": ((حكم)) وهو تعريف.

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٩/أ.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٧/٢.

(٤) المقولة [١٩٨٣٧] قوله: ((وَمَلَكَ عَلَيْهِمْ جَمِيعَ ذَلِكَ)).

(٥) المقولة [١٢٣٣٢] قوله: ((هُوَ الْمَمْلُوكُ)).

(٦) في "ب": ((حكم))، وهو خطأ.

(٧) في "د": ((مدني)) بدل ((ح)). ق ١٦٨/ب.

(٨) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٩/أ - ب.

(٩) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٧/٢.

(١٠) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٧/٢.

ولا يثبتُ للغلام، ويقتصرُ على مجلسٍ كخيارٍ مُخَيَّرَةٍ^(١) بخلافٍ خيارِ البلوغِ في الكلِّ، "حائِثَةً"^(٢).

(نكحَ عبدٌ بلا إذنٍ فعتقَ) أو باعَهُ.....

[١٢٤٨٥] (قوله: ولا يثبتُ للغلام) أي: لعبدٍ ذَكَرٍ؛ لأنَّهُ ليس فيه زيادةٌ مِلْكٍ عليه بخلافِ الأَمَةِ، ولأنَّهُ يَمْلِكُ الطَّلَاقَ، فلا حاجةً إلى الفسخ.

[١٢٤٨٦] (قوله: ويقتصرُ على مجلسٍ) أي: مجلسِ العلمِ، ويمتدُّ إلى آخرِهِ، فإذا قامَتِ بطلَ.

[١٢٤٨٧] (قوله: كخيارٍ مُخَيَّرَةٍ) أي: مَنْ قال لها زوجها: اختاري نفسك، فإنَّها تختارُ ما دامت في المجلس.

[١٢٤٨٨] (قوله: بخلافٍ خيارِ البلوغِ في الكلِّ) أي: في كلِّ الخمسةِ المذكورة، فإنَّ الجَهْلَ فيه ليس بعُذرٍ، ويتوقَّفُ على القضاءِ، ويَطلُّ بسكوتِها بعدَ علمِها بالنكاحِ، ويثبتُ للأنتى والغلامِ، ولا يمتدُّ إلى آخرِ المجلسِ إنَّ كانتِ بَكْرًا، ولو ثِيْبًا فوقتهِ العُمُرُ إلى وجودِ الرِّضاءِ صريحًا أو دلالةً كما في الغلامِ إذا بلغَ.

[١٢٤٨٩] (قوله: نكحَ عبدٌ بلا إذنٍ) قيَّدَ بالنكاحِ لأنَّهُ لو اشترى شيئًا فأعتقه المولى لا ينفذُ الشَّراءُ بل يَطلُّ؛ لأنَّهُ لو نفذَ عليه لتغيَّرَ المالكُ، "بهر"^(٣).

[١٢٤٩٠] (قوله: فعتقَ) بفتحِ أوَّلِهِ مَبْنِيٌّ لِلْفَاعِلِ، ولا يجوزُ ضَمُّهُ لِلْبِنَاءِ لِلْمَفْعُولِ؛ لأنَّهُ لازمٌ، "أبو السَّعُود"^(٤) عن "الحموي"^(٥)، "ط"^(٥).

[١٢٤٩١] (قوله: أو باعَهُ) أي: مثلاً، والمرادُ انتقالُ المِلْكِ إلى آخرٍ بشرائه أو هِبَةٍ أو إرثٍ.

(١) في "و": ((المخيرة)).

(٢) "الحائِثَةُ": كتاب النكاح - فصل في الخيارات التي تتعلق بالنكاح ٤١٤/١ - ٤١٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٧/٣.

(٤) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٨٢/٢.

(٥) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٨/٢.

فأجازَ المشتري (نفذَ) لزوالِ المانع (وكذا) حكمُ (الأمّة، ولا خيارَ لها).....

[١٢٤٩٢] (قوله: فأجازَ المشتري) أي: أجازَ النكاحَ الواقعَ عندَ المالكِ الأوّل.

[١٢٤٩٣] (قوله: لزوالِ المانع) لأنَّ المانعَ من النَّفاذِ كانَ حقَّ المولى، وقد زالَ لمّا خرَجَ عن

ملكِهِ.

[١٢٤٩٤] (قوله: وكذا حكمُ الأمّة) أطلقَهَا فشَمِلَ القِنّةَ والمُدبّرةَ وأُمّ الولدِ والمكاتبَةَ، لكنْ

في المُدبّرةِ وأُمّ الولدِ تفصيلٌ يأتي^(١)، "بحر"^(٢). وهذا في الأمّة إذا أُعتِقَتْ، أمّا لو مات عنها أو باعها فإن كان المالكُ الثاني لا يَحِلُّ له وطؤها فكالعبد، وإلاّ فإن كان الزَّوجُ لم يَدْخُلْ بها بطلَ العقْدُ الموقوفُ لطُرُوءِ الحِلِّ الباتِّ عليه، وإن كان دَخَلَ ففي ظاهِرِ الرّوايةِ كذلك لِبُطْلانِ الموقوفِ باعتراضِ المِلِكِ الثاني وإن كان ممنوعاً من غشيانها، وتوضيحُهُ في "البحر".

[١٢٤٩٥] (قوله: ولا خيارَ لها) أي: للأمّة، أمّا العبدُ فلا خيارَ له أصلاً وإن نَكَحَ بالإذنِ

٣٨١/٢

كما مرَّ^(٣). وشَمِلَ المكاتبَةَ، فإنها لا خيارَ لها للعلّةِ الآتيةِ، وبها صرَّحَ في "الشَّرْنبَلَايَةِ"^(٤)، وما قاله "ابن كمال باشا": ((من أنَّهُ لها الخيارُ)) كما مرَّ^(٥) فهو سَبْقُ قَلَمٍ، وكذا ما كَتَبَهُ بهامشيهِ من قولِهِ في "الهداية"^(٦): ((وقال "زفر": لا خيارَ لها بخلافِ الأمّةِ إلخ))، فهو كذلك؛ لأنَّ ما مرَّ^(٧) من أنَّ لها الخيارَ عندنا خلافاً لـ "زفر" إنما هو في مسألةِ تزوّجِها [٣/١٤٠ق] بإذنِ مولاهما، وكلامُنا في التزوُّجِ بِلَوْنٍ إذنِهِ كما هو صريحٌ في كلامِ "الهداية"، فتنبّه.

(١) المقولة [١٢٤٩٩] قوله: ((وكذا مدبرة عتقت بموته)) والتي بعدها.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٧/٣-٢١٨.

(٣) المقولة [١٢٤٨٥] قوله: ((ولا يثبت لغلام)).

(٤) "الشَّرْنبَلَايَةِ": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق والكافر ٣٥١/١. (هامش "الدرر والغرر").

(٥) "در" ص ٥٨٨.

(٦) "الهداية": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٧/١.

(٧) المقولة [١٢٤٦٧] قوله: ((ومكاتبه)).

لكون النفوذ بعد العتق، فلم تتحقق زيادة الملك، وكذا لو اقترنا، بأن زوجها فضولي وأعتقها فضولي وأجازهما المولى، وكذا مدبرة عتقت بموته، وكذا أم الولد إن دخل بها الزوج، وإلا لم ينفذ؛ لأن عتقها من المولى.....

[١٢٤٩٦] (قوله: لكون النفوذ بعد العتق) فصارت كما إذا زوجت نفسها بعد العتق، ولذا قال "الإسبيعي": ((الأصل أن عقد النكاح متى تم على المرأة وهي مملوكة ثبت لها خيار العتق، ومتى تم عليها وهي حرة لا يثبت لها خيار العتق))، "بحر" (١).
[١٢٤٩٧] (قوله: فلم تتحقق زيادة الملك) أي: بطلقة ثالثة، وعلة ثبوت الخيار ثبوت الزيادة المذكورة كما مر (٢).

[١٢٤٩٨] (قوله: وكذا لو اقترنا) أي: العتق ونفاذ النكاح، فإنهما لما أجازهما المولى معاً ثبتا معاً.

[١٢٤٩٩] (قوله: وكذا مدبرة عتقت بموته) أي: حكمها حكم ما إذا أعتقها في حياتيه المذكور في قوله: ((وكذا حكم الأمة))، وأفاد بقوله: ((عتقت)) أنها تخرج من الثلث، فإن لم تخرج لم ينفذ حتى تؤدي بدل السعاية عنده، وعندهما جاز كما في "البحر" (٣) عن "الظهيرية" (٤)، أي: لأنها عندهما تسعي وهي حرة.

[١٢٥٠٠] (قوله: وكذا أم الولد إلخ) أي: إذا أعتقها أو مات عنها المولى إن دخل بها الزوج قبل العتق نفذ النكاح على رواية "ابن سماعه" عن "محمد"؛ لأنه وجب (٥) العدة من الزوج، فلا تجب العدة من المولى، أما على ظاهر الرواية لا تجب العدة من الزوج، فوجبت العدة من المولى،

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٧/٣.

(٢) المقولة [١٢٤٦٩] قوله: ((دفعاً لزيادة الملك عليها)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٧/٣.

(٤) "الظهيرية": كتاب العتاق - الفصل الثالث في التدبير والاستيلاء ق ١١٦/ب.

(٥) في "م": ((وجبت)).

تَمْنَعُ نَفَاذَ النِّكَاحِ (فلو وَطِئَ) الزَّوْجُ الْأَمَةَ (قبلَهُ) أي: العتقِ (فالمهرُ المسمَّى له) أي: للمولى (أو بعده فلها) لمقابلتهِ بمنفعةٍ مَلَكَتْهَا.
(وَمَنْ وَطِئَ قَبْلَهُ ابْنَهُ).....

ووجوبها منه قبل الإجازة يُوجِبُ انفساخَ النِّكَاحِ كما في "البحر"^(١) عن "المحيط"، وإنما لم تَجِبِ العِدَّةُ من الزَّوْجِ لأنها لا تَجِبُ إِلَّا بعدَ التَّفريقِ بينهما كما أفادَهُ في "البحر" في المسألةِ السَّابِقَةِ.
[١٢٥٠١] (قوله: تَمْنَعُ نَفَاذَ النِّكَاحِ) أي: تُبْطِلُهُ؛ إذ لا يَمُكُنُ تَوَقُّفُهُ مع العِدَّةِ، "بحر"^(٢)؛ لَأَنَّ الْمُعْتَدَّةَ لَا تَحِلُّ لِغَيْرِ مَنْ اعْتَدَّتْ مِنْهُ.
[١٢٥٠٢] (قوله: فلو وَطِئَ الزَّوْجُ الْأَمَةَ) أي: الَّتِي نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهَا ثُمَّ نَفَذَ نِكَاحَهَا بالعتقِ.

[١٢٥٠٣] (قوله: فالمهرُ المسمَّى له) أي: إِنْ كَانَ، وَإِلَّا فَمَهْرُ الْمُثَلِّ، "نهر"^(٣). وَإِنَّمَا كَانَ لَهُ لِأَنَّ الزَّوْجَ اسْتَوْفَى مَنَافِعَ مَمْلُوكَةٍ لِلْمَوْلَى، "بحر"^(٤).
[١٢٥٠٤] (قوله: لمقابلتهِ بمنفعةٍ مَلَكَتْهَا) لَأَنَّ الْعَقْدَ نَفَذَ بِالْعَتَقِ، وَبِهِ تَمْلِكُ مَنَافِعَهَا، بِخِلَافِ النَّفَاذِ بِالْإِذْنِ وَالرَّقُّ قَائِمٌ، "بحر"^(٥).

[١٢٥٠٥] (قوله: وَمَنْ وَطِئَ قَبْلَهُ ابْنَهُ) أي: أَوْ بَنِيهِ، "حموي" عن "البرجندي". وَشَمِلَ الْإِبْنُ الْكَافِرَ، "فَهْستَناني"^(٦). وَالصَّغِيرَ [١٤٠/٣/ب] وَالْكَبِيرَ، "بحر"^(٧). وَشَمِلَ مَا إِذَا كَانَتْ مَوْطُوعَةً

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٧/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٧/٣ بتصرف.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٢/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٨/٣ بتصرف.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٨/٣.

(٦) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل في نكاح القن ٢٩٤/١.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٩/٣.

فَوَلَدَتْ فُلُو لَمْ تَلِدْ لَزِمَ عَقْرُهَا،.....

للأبن أو لم تكن، "ظهريّة"^(١) من العتق. ومحترز القينة ما يأتي^(٢) في قوله: ((ولو ادّعى ولد أم ولديه إلخ))، ومحترز الابن ما يأتي^(٣) في قول المصنف: ((ولو وطئ جارية امرأته أو ولده إلخ)). [١٢٥٠٦] (قوله: فَوَلَدَتْ) عطف على ((وطئ))، وتعقيب كل شيء بحسبه كما في: تَزَوَّجَ زيد فولد له، فالظاهر أنها لو ولدت قبل مُضَيِّ مدّة الحمل لم تصحّ الدّعوى، بل مُفَادُ قوله: ((فادّعاء)) عطفاً على ((فَوَلَدَتْ)) أنه لو ادّعاه وهي حبلى لم تصحّ حتى يلد، قال في "البحر"^(٤): ((ولم أره صريحاً))، وفي "النهر"^(٥): ((ينبغي أنها لو ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت دعوته أن تصح)).

مطلب في تفسير العقر

[١٢٥٠٧] (قوله: لَزِمَ عَقْرُهَا) قال في "الفتح"^(٦): ((العقر هو مهر مثلها في الجمال، أي: ما يرغب فيه في مثلها جمالاً فقط، وأما ما قيل: ما يستأجر به مثلها للزنا لو جاز فليس معناه، بل العادة أن ما يُعطى لذلك أقل مما يُعطى مهرًا؛ لأنّ الثاني للبقاء بخلاف الأول)) اهـ. وإذا تكرّر منه الوطء ولم تحبل لزمه مهر واحد بخلاف وطء الابن جارية الأب مراراً،

(قوله: العقر هو مهر مثلها إلخ) تقدّم لـ "المحسني" في المهر أن المواضع التي يجب فيها المهر بسبب الوطء بشبهة ليس المراد به مهر المثل الواجب بالنكاح الفاسد بل المراد به العقر، وفسره "الإسبيعي" بأنه يُنظر بكم تستأجر للزنا لو كان حلالاً، وكذا نُقل عن مشايخنا في شرب "الأصل" لـ "المسرحسي" إلى آخر ما نقله عن "البحر" فانظره مع ما تقدّم نقله، تأمل.

(١) "الظهريّة": كتاب العتاق - الفصل الثالث في التدبير والاستيلاء ق ١١٧/ب يتصرف.

(٢) "در" ص ٤٦٠.

(٣) "در" ص ٦٠٨.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ٢١٩/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٢/ب.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ٢٧٩/٣.

وَارْتَكَبَ مُحَرَّمًا، وَلَا يُحَدِّثُ قَاذِفُهُ.....

فعليه بكلّ وطءٍ مهر؛ لأنَّ المهرَ وجبَ بسببِ الدَّعوى الشَّبهية، ولو لم يدَّعِها يلزمه الحدُّ، فبتكرُّرِ دَعْوَاهَا يتكرَّرُ المهرُ بخلافِ الأب، فإنَّه لا يحتاجُ إلى دَعوى الشَّبهية، "خائنية"^(١).

[١٢٥٠٨] (قوله: وارتكب مُحَرَّمًا إلخ) كذا في "النهر"^(٢)، وأصله في "البحر"^(٣) حيث قال: ((وقيد بالولادة لأنه لو وطئ أمة ابنه ولم تحبل فإنه يحرم عليه ولا يملكها، ويلزمه عقْرُها، بخلاف ما إذا حبلت منه فإنه يتبين أنَّ الوطءَ حلالٌ، لتقدم ملكه عليه، ولا يُحدِّثُ قاذِفُهُ في المسألتين، أمَّا إذا لم تلدْ منه فظاهر؛ لأنه وطئ وطئاً حراماً في غير ملكه، وأمَّا إذا حبلت منه فلا شبهة الخلاف في أنَّ الملكَ يثبتُ قبلَ الإيلاجِ أو بعده مُسْقِطَةً لإحصائه كما في "الفتح"^(٤) وغيره)) اهـ.

وقوله: ((فإنَّه يتبين أنَّ الوطءَ حلالٌ)) تصريحٌ بمفهوم ما هنا، وفيه تأمل؛ لأنَّ ثبوتَ ملكه لها قبيلَ الوطءِ عندنا وقيل العلوق عند "الشافعي" إنما هو لضرورة ثبوتِ النَّسَبِ كما أوضحه في "الفتح"، ولا يلزم من ذلك جُلُّ الإقدام على هذا الوطءِ، كما لو غصَّب شيئاً وأتلفه ثم أذى ضمانه للملك، لا يلزم من استناده للملك إلى وقتِ الغصْبِ جُلُّ ما صنع، ولعلَّ المراد بقوله: ((حلالٌ)) أنه ليس بزناً؛ [١/٤١٣/٣] إذ لو كان زناً لزمه العقْرُ ولم يثبتِ النَّسَبُ، ويدلُّ على ما قلنا إطلاقُ قوله الآتي: ((ولذا يجعلُ له عندَ الحاجة الطَّعامُ لا الوطءُ))، وكذا ما قدَّمناه^(٥) عن "الظَّهيرية" من صحَّةِ الدَّعوى في الأمةِ الموطوعةِ للابنِ مع أنَّها مُحَرَّمَةٌ على الأبِ حرمةً مؤبَّدةً، فليُتأمل.

(١) "الخائنية": كتاب النكاح - باب في ذكر مسائل المهر - فصل في تكرار المهر ٢٩٥/١. (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٢/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٩/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٩/٣.

(٥) المقولة [١٢٥٠٥] قوله: ((ومن وطئ وقتاً ابناً)).

(فَادَّعَاهُ الْأَبُ) وهو حرٌ مسلمٌ عاقلٌ (تَبَتَ نَسَبُهُ) بشرطِ بقاءِ مِلْكِ ابْنِهِ من وقتِ الوطءِ إلى الدَّعْوَةِ.....

[١٢٥٠٩] (قَوْلُهُ: فَادَّعَاهُ) أَي: عند قاضي كما في "شرح ابن الشَّيْبَانِي"، وأفادَ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ فِي صَحَّةِ الدَّعْوَى دَعْوَى الشَّهِيْدَةِ وَلَا تَصْدِيقُ الْإِبْنِ، "فتح" (١).

٣٨٢/٢

وَالظَّاهِرُ: أَنَّ الْغَاءَ لِمَجَرَّدِ التَّرْتِيبِ، فَلَا يَلْزَمُ الدَّعْوَى عَقِبَ الْوِلَادَةِ، وَادَّعَى "الْحَمَوِيُّ" الزُّوْمَ فَوْرًا، وَهُوَ بَعِيدٌ، فَلْيُرَاجَعْ.

[١٢٥١٠] (قَوْلُهُ: وَهُوَ حرٌ مسلمٌ عاقلٌ) فلو كان عبداً أو مكاتباً أو كافراً أو مجنوناً لم تصحَّ الدَّعْوَى لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ، وَلَوْ أَفَاقَ الْمَجْنُونُ ثُمَّ وَلَدَتْ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ يَصِحُّ اسْتِحْسَانًا، وَلَوْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الذَّمِّ إِلَّا أَنَّ مِلَّتَيْهِمَا مُخْتَلِفَةٌ جَازَتْ الدَّعْوَى مِنَ الْأَبِ، "فتح" (٢). فَأَفَادَ أَنَّ الْإِسْلَامَ شَرْطٌ فِيمَا لَوْ كَانَ الْإِبْنُ مُسْلِمًا، أَمَّا لَوْ كَانَ كَافِرًا فَلَا يُشْتَرَطُ إِسْلَامُ الْأَبِ وَلَوْ اخْتَلَفَتِ الْمِلَّةُ؛ لِأَنَّ الْكُفْرَ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ، وَفِي "الْظَّاهِرِيَّة" (٣): ((وَلَوْ كَانَ الْأَبُ مُسْلِمًا وَالْإِبْنُ كَافِرًا صَحَّتْ دَعْوَتُهُ، وَلَوْ كَانَ الْأَبُ مُرْتَدًّا فِدَعْوَتُهُ مَوْقُوفَةٌ عِنْدَهُ نَافِذَةٌ عِنْدَهُمَا)).

[١٢٥١١] (قَوْلُهُ: بِشَرْطِ الْإِلْحِ) فَلَوْ حَبِلَتْ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ، أَوْ فِيهِ وَأَخْرَجَهَا الْإِبْنُ عَنْ مِلْكِهِ ثُمَّ اسْتَرَدَّهَا لَا تَصِحُّ الدَّعْوَى؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ إِنَّمَا يَتَّبَعُ بِطَرِيقِ الْإِسْتِنَادِ إِلَى وَقْتِ الْعُلُوقِ، فَيَسْتَدْعِي قِيَامَ وَلَايَةِ التَّمْلُكِ مِنْ حِينَ الْعُلُوقِ إِلَى التَّمْلُكِ، هَذَا إِنْ كَذَّبَهُ الْإِبْنُ، فَإِنْ صَدَّقَهُ صَحَّتْ الدَّعْوَى، وَلَا يَمْلِكُ الْجَارِيَةُ كَمَا إِذَا ادَّعَاهُ أَجْنَبِيٌّ، وَيَعْتَقُ عَلَى الْمَوْلَى كَمَا فِي "الْمَحِيطِ"، "بِحَرْ" (٤).

(قَوْلُهُ: أَي: عند قاضي الْإِلْحِ) لَمْ يَظْهَرْ وَجْهٌ لِهَذَا التَّقْيِيدِ.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٨/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٨/٣.

(٣) "الظهيرية": كتاب العناق - الفصل الثالث في التدبير والاستيلاء ١١٧/ب بتصرف.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٩/٣.

وَيَبْعُهَا لِأَخِيهِ مَثَلًا لَا يَضُرُّ، "نهر" بحثاً. (وصارت أم ولده) لاستناد الملك.....

قال في "النهر"^(١): ((المذكور في "الشَّرح" لـ "الزَّيْلَعِي"^(٢)) - وعليه جَرَى في "فتح القدير"^(٣) وغيره - أنه لا يُشْتَرَطُ في صحتها دعوى الشُّبهة ولا تصديق الابن)) اهـ.

أقول: كأنه فهم أن الإشارة في قوله: ((هذا إن كَذَبَ الابن)) راجعة إلى أصل المسألة، أعني: ما إذا بَقِيََّتْ الجارية في ملك الابن، وليس كذلك، بل هي راجعة إلى قوله: ((فلو حَبَلَتْ في غير ملكه، أو فيه وأخرجها الابن عن ملكه إلخ))، فلا يُنافي ذلك ما ذكره في [٣/١٤١ق/ب] "الزَّيْلَعِي" و"الفتح" من عدم اشتراط التصديق؛ لأنه في أصل المسألة لا فيما نحن فيه، بل دليل أن اشتراط بقائها في ملك الابن المذكور في "الزَّيْلَعِي" و"الفتح"، ولو كان لا يُشْتَرَطُ تصديق الابن وإن أخرجها عن ملكه لم يَسْقُ فائدة لاشتراط بقائها في ملكه، وفي "الظَّهْرِيَّة"^(٤) من العتق: ((يُشْتَرَطُ أَنْ تَكُونَ الجارية في ملكه من وقت العُلُوقِ إلى الدَّعوة، حتَّى لو عُلِقَتْ فباعها الابن، ثم اشترأها أو رُدَّتْ عليه بَعِيْبَ بَقْضَاءٍ أو غيره، أو بَحْيَارِ رُؤْيَةٍ أو شرطٍ أو بفساد البيع، ثم ادَّعاه الأب لا يَبْتَثُ النَّسَبُ إِلَّا إِذَا صَدَّقَهُ الابن)) اهـ، فهذا أيضاً صريح فيما قلنا، فتدبر.

[١٢٥١٢] (قوله: ويبيعها لأخيه مثلاً أي: أو ابنه أو ابن أخيه ((لا يضرُّ))؛ لأنها لا تخرج والحالة هذه عن كونها جارية فرعه. اهـ "ح"^(٥)). وفيه: أن يبيعها لابنه لا يُفِيدُ؛ لأنه لا ولاية للجدِّ عليه مع وجود الأب، نعم يبيعها لابن أخيه يُفِيدُ إذا كان أبو ذلك الابن ميتاً أو مسلوب الولاية بكفر أو رق أو جُنُونٍ؛ ليكون للجدِّ المدَّعي ولاية؛ لأنَّ دَعْوَةَ الجدِّ لا تصحُّ إلا عند الولاية على فرعه كما يأتي^(٦)، أفاده "الرحمِيُّ"، فافهم.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٢/ب.

(٢) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ١٦٩/٢.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٨/٣.

(٤) "الظَّهْرِيَّة": الفصل الثالث في التدبير والاستيلاء ق ١١٧/ب بتصرف.

(٥) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٦٩/ب.

(٦) "در" ص ٦٠ -.

لوقتِ العُلوقِ (وعليه قيمتها) ولو^(١) فقيراً؛ لَقُصُورِ حاجةِ بقاءِ نَسْلِهِ عن بقاءِ نفسه، ولذا يَجِلُّ له عند الحاجةِ الطَّعامُ لا الوطءُ، ويُجْبَرُ على نفقةِ أبيه لا على دَفْعِ جاريةٍ لَتَسْرِيهِ

[١٢٥١٣] (قوله: لوقتِ العُلوقِ) كذا في "الفتح"^(٢)، أي: لوقتِ الوطءِ القريبِ من وقتِ العُلوقِ كيلاً يُنْأَى ما يأتي^(٣) قريباً، تأمل.

[١٢٥١٤] (قوله: وعليه قيمتها) أي: لولده يومَ عِلَقَتِ كما في "مسكين"، "ط"^(٤). وفي "المحيط": ((ولو استَحَقَّها رجلٌ يأخذها وعقرها وقيمةً ولديها؛ لأنَّ الأبَّ صار مغروراً، ويرجعُ الأبُّ على الابنِ بقيمةِ الجاريةِ دونَ العُقْرِ وقيمةِ الولدِ؛ لأنَّ الابنَ ما ضَمِنَ له سلامةُ الأولادِ)) اهـ "بجر"^(٥).

[١٢٥١٥] (قوله: لَقُصُورِ إلخ) أي: أنَّ^(٦) للأبِّ ولايةَ تَمْلُكِ مالِ ابنِهِ للحاجةِ إلى إبقاءِ نفسه، فكذا إلى صَوْنِ نَسْلِهِ؛ لأنَّه جزءٌ منه، لكنَّ الأولى أشدُّ، ولذا يَمْلُكُ الطَّعامَ بغيرِ قيمتهِ والجاريةَ بالقيمةِ، ويَجِلُّ له الطَّعامُ عند الحاجةِ دونَ وطءِ الجاريةِ، ويُجْبَرُ الابنُ على الإنفاقِ عليه دونَ دَفْعِ الجاريةِ للتسري، فللحاجةِ جازٌ له التَّمْلُكُ، ولَقُصُورِها أوجِبنا عليه القيمةَ مُراعاةً للحَقَّينِ، "فتح"^(٧). وما ذكره: ((من أَنَّهُ لا يُجْبَرُ على الجاريةِ [١/٤٢٣/٣] للتسري)) ذكره "الزَّيْلَعِيُّ"^(٨) أيضاً، ومثله في "الدُّرَرِ"^(٩) و"غاية البيان" و"النهاية"، وما في هذه الشُّروحِ المعتبرة

(١) الواو ليست في "ب" و"ط".

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٨/٣.

(٣) المقولة [١٢٥١٦] قوله: ((لا عقرها)).

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٨/٢.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٢٠/٣.

(٦) في "الأصل": ((أي: لأن)).

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٩-٢٧٨/٣.

(٨) "تبين الحقائق": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ١٦٩/٢.

(٩) "الدُّرَر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق والكافر ٣٥٢/١.

(لا عُقْرُهَا وَقِيمَةُ^(١) وَلَدِهَا) ما لم تكن مُشْتَرَكَةً، فتجبُ حصَّةُ الشَّرِيكِ،.....

لا يُعَارِضُهُ ما سيأتي^(٢) في النِّفَقَةِ، وَعَزَاهُ فِي "الشَّرْئِيَّةِ"^(٣) إِلَى "الجَوْهَرَةِ"^(٤): ((مَنْ أَنَّهُ يُجَبِّرُ))، فَتَدْبُرُ. [١٢٥١٦] (قَوْلُهُ: لَا عُقْرُهَا) تَقْدِمُ^(٥) تَفْسِيرُهُ قَرِيباً، وَعِنْدَ "الشَّافِعِيِّ" وَ"زَفَرٍ" عَلَيْهِ عُقْرُهَا لثُبُوتِ الْمِلْكِ فِيهَا قُبَيْلَ الْعُلُوقِ؛ لِمُضَرَّةِ صَيَانَةِ الْوَلَدِ، وَعِنْدَنَا قُبَيْلَ الْوَطْءِ؛ لِأَنَّ لَزَامَ كَوْنِ الْفَعْلِ زِنَا صِيَاحُ الْمَاءِ شَرْعاً، فَلَوْ لَمْ يُقَدِّمْ عَلَيْهِ ثَبَتَ لَزِمُهُ، فَظَهَرَ أَنَّ الصَّرُورَةَ لَا تَنْدَفِعُ إِلَّا بِإِثْبَاتِهِ قَبْلَ الْإِيلَاجِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ لَمْ تَحْبَلْ حَيْثُ يَجِبُ الْعُقْرُ، "فَتَح" ^(٦)، أَي: لِأَنَّهَا إِذَا لَمْ تَحْبَلْ لَمْ تُوجَدْ عِلَّةٌ تَقْدِمُ مِلْكِهِ فِيهَا وَهِيَ صَيَانَةُ الْوَلَدِ كَمَا أَفَادَهُ "الزَّيْلَعِيُّ"^(٧).

[١٢٥١٧] (قَوْلُهُ: وَقِيمَةُ وَلَدِهَا) أَي: وَلَا قِيمَةُ وَلَدِهَا؛ لِأَنَّهُ عَلِقَ حُرّاً لِتَقْدِيمِ مِلْكِهِ، "نَهْر"^(٨). [١٢٥١٨] (قَوْلُهُ: مَا لَمْ تَكُنْ مُشْتَرَكَةً) قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٩): ((فَلَوْ كَانَتْ مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ - أَي: بَيْنَ الْإِبْنِ - وَبَيْنَ أَجْنَبِيٍّ كَانَ الْحُكْمُ كَذَلِكَ، إِلَّا أَنَّهُ يَضْمَنُ لِشَرِيكِهِ نَصْفَ عُقْرِهَا، وَلَمْ أَرَهُ، وَلَوْ كَانَتْ مُشْتَرَكَةً بَيْنَ الْأَبِ وَالْإِبْنِ أَوْ غَيْرِهِ تَجِبُ حِصَّةُ الشَّرِيكِ الْإِبْنِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْعُقْرِ وَقِيمَةُ بَاقِيهَا إِذَا حَبِلَتْ لَعَدِمَ تَقْدِيمُ الْمِلْكِ فِي كُلِّهَا، لَا تَنْتِفَاءُ مُوجِبِهِ وَهُوَ صَيَانَةُ النَّسْلِ؛ إِذْ مَا فِيهَا مِنَ الْمِلْكِ يَكْفِي لَصَحَّةِ الْاِسْتِيلَادِ، وَإِذَا صَحَّ ثَبَتَ الْمِلْكُ فِي بَاقِيهَا حُكْماً لَا شَرْطاً كَمَا فِي "الْفَتْحِ"^(١٠)، وَهِيَ مَسْأَلَةٌ عَجِيبةٌ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْوَاطِئِ فِيهَا شَيْءٌ لَا مَهْرَ عَلَيْهِ، وَإِذَا كَانَتْ مُشْتَرَكَةً لَزِمَهُ)) اهـ.

(١) فِي "و": ((وَلَا قِيمَةَ)).

(٢) الْمَقُولَةُ [١٦٢٤٠] قَوْلُهُ: ((بَلْ وَتَزْوِجُهُ أَوْ تَسْوِيهِ)).

(٣) "الشَّرْئِيَّةُ": كِتَابُ الطَّلَاق - بَابُ النِّفَقَةِ ٤١٨/١. (هَامِشُ "الدَّرَرِ وَالْغَرَرِ").

(٤) "الجَوْهَرَةُ النِّيرَةُ": كِتَابُ النِّفَقَاتِ ١٧٣/٢.

(٥) الْمَقُولَةُ [١٢٥٠٧] قَوْلُهُ: ((لَزِمَ عُقْرُهَا)).

(٦) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ٢٧٩/٣.

(٧) "تَبْيِينَ الْحَقَائِقِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ١٦٩/٢.

(٨) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ١٩٢/ب.

(٩) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ٢١٩/٣.

(١٠) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ٢٧٩/٣.

وهذا إذا ادَّعاه وحده، فلو مع الابن فإن شريكين قُدِّم الأب، وإلا فالابن، ولو ادَّعى ولد أم ولدٍ المنفي أو مُدبِّرته أو مُكاتِبه شُرِّطَ تصديقُ الابن.....

[١٢٥١٩] (قوله: وهذا إلخ) الإشارة إلى جميع ما مرَّ.

[١٢٥٢٠] (قوله: قُدِّم الأب) لأنَّ له جهتين: حقيقة الملك في نصيبه، وحقَّ التَّمَلُّك في

نصيب ولديه، "بحر" (١).

قلت: وفي "الظهيرية" (٢): ((ولو كانت مُشتركة بين رجلٍ وابنه وجده فادَّعوه كلُّهم فالجدُّ أولى (٣))، وينبغي حمله على ما إذا كان أبو الرجل ميتاً مثلاً ليصير للجدِّ الترجيح من جهتين، تأمل.

٣٨٣/٢

[١٢٥٢١] (قوله: وإلا أي: وإن لم يكونا شريكين، وهذا صادق بما إذا كانت للابن وحده أو للأب وحده، والثاني لا يصحُّ هنا، لكن أصل المسألة مفروض في جارية الابن، فهو قرينة على أنَّ المراد الأول فقط، فافهم.

[١٢٥٢٢] (قوله: فالابن) أي: تُقدِّم دَعَوَاهُ؛ لأنها سابقة معنًى، "بحر" (٤)، أي: لأنَّ له

[٣/١٤٢ق/ب] حقيقة الملك ولأبيه حقَّ التَّمَلُّك، ولأنَّ ملك الابن سابق، فصار كأنه ادَّعى قبل الأب، تأمل.

[١٢٥٢٣] (قوله: ولو ادَّعى أي: الأب، وقوله: ((المنفي)) بالنصب نعتٌ لولد أم الولد،

وقوله: ((أو مُدبِّرته أو مُكاتِبه)) مجروران بالعطف على ((أم))، وهذا بيان لحزْرِ قوله: ((قنة ابنه)) (٥)، أي: لو ادَّعى ولد أم ولد ابنه الذي نفاه ابنه لا يثبتُ نسبه إلا بتصديق الابن؛ لأنَّ أم الولد

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٢٠/٣.

(٢) "الظهيرية": كتاب العتاق - الفصل الثالث في التدبير والاستيلاء ق ١١٨/أ.

(٣) في "الأصل": ((أه)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٢٠/٣.

(٥) في "د" زيادة: ((ح)). ق ١٦٨/ب.

(وَجَدْتُ صَحِيحَ كَأْبٍ بَعْدَ زَوَالِ وَلَايَتِهِ بِمَوْتِ وَكَفَرٍ وَجَنُونَ وَرِقٍ فِيهِ) أَي: فِي الْحُكْمِ الْمَذْكُورِ (لَا) يَكُونُ كَالْأَبِ (قَبْلَهُ^(١)) أَي: قَبْلَ الزَّوَالِ الْمَذْكُورِ^(٢)، وَيُشْتَرَطُ ثُبُوتُ وَلَايَتِهِ مِنَ الْوُطْءِ^(٣) إِلَى الدَّعْوَةِ.....

لَا تَقْبَلُ الْإِنْتِقَالَ إِلَى مِلْكٍ غَيْرِ الْمُسْتَوْلِدِ. وَقَيْدُ بَقَوْلِهِ: ((الْمَنْفِيَّ)) لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَنْفَسِ الْإِبْنُ يُثْبِتُ نَسَبَهُ مِنْهُ، فَلَا يُمْكِنُ ثُبُوتُهُ مِنَ الْأَبِ وَإِنْ صَدَّقَهُ الْإِبْنُ، وَكَذَا لَوْ ادَّعَى وَلَدَ مُدْبِرَةٍ ابْنَهُ أَوْ وَلَدَ مُكَاتِبَةٍ ابْنَهُ الَّذِي وَلَدَتْهُ فِي الْكِتَابَةِ أَوْ قَبْلَهَا لَا يَثْبِتُ نَسَبُهُ إِلَّا بِتَصَدِيقِ الْإِبْنِ كَمَا فِي "الْبَحْرِ"^(٤)؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ جَعْلُ الْأَبِ مُتَمَلِّكًا لَهَا قَبْلَ الْوُطْءِ، فَإِنْ صَلَفَهُ ثَبِتَ نَسَبُهُ لِاحْتِمَالِ وَطْءِ الْأَبِ بِشُبْهَةٍ. وَالظَّاهِرُ لُزُومُ الْعُقْرِ لِلْمُكَاتِبَةِ؛ لِأَنَّ لَهَا الْعُقْرَ بِوُطْءِ الْمَوْلَى، فَبِوُطْءِ أَبِيهِ أَوَّلَى، وَحَيْثُ لَمْ يَثْبِتِ الْمَلِكُ فِي أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدْبِرَةِ يَنْبَغِي لُزُومُ الْعُقْرِ لِلْإِبْنِ عَلَى أَبِيهِ كَمَا يُفِيدُهُ مَا قَدَّمْنَاهُ^(٥) فِيمَا لَوْ وَطَّئَهَا وَلَمْ تَحْبِلْ، تَأْمَلْ.

[١٢٥٢٤] (قَوْلُهُ: وَجَدْتُ صَحِيحًا) خَرَجَ بِهِ الْجَدُّ الْفَاسِدُ كَأَبِي الْأُمِّ، وَكَذَا غَيْرُ الْجَدِّ مِنَ الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ، فَلَا يُصَدَّقُ فِي جَمِيعِ الْأَحْوَالِ لِفَقْدِ وَلَايَتِهِمْ، "بَحْرٌ"^(٦) عَنْ "الْحَيْطِ". [١٢٥٢٥] (قَوْلُهُ: بَعْدَ زَوَالِ وَلَايَتِهِ) أَي: الْأَبِ، وَأَرَادَ بَزَوَالِ الْوَلَايَةِ عَدَمَهَا؛ لِشُمْلِ مَا لَوْ كَانَ كَفَرُهُ أَوْ جُنُونُهُ أَوْ رِقُّهُ أَصْلِيًّا، أَفَادَهُ "الرَّحْمِيُّ". وَالْمُرَادُ بِالْوَلَايَةِ وَلَايَةُ التَّمَلُّكِ كَمَا مَرَّ^(٧). [١٢٥٢٦] (قَوْلُهُ: فِيهِ) مَتَعَلِّقٌ بِكَافِ التَّشْبِيهِ، "ح"^(٨). فَالْمَعْنَى أَنَّ الْجَدَّ مُشَابِهَ لِلْأَبِ فِي الْحُكْمِ الْمَذْكُورِ.

[١٢٥٢٧] (قَوْلُهُ: وَيُشْتَرَطُ ثُبُوتُ وَلَايَتِهِ) أَي: وَلَايَةُ الْجَدِّ النَّاشِئَةِ عَنْ فَقْدِ وَلَايَةِ الْأَبِ، أَي:

(١) فِي "ب": ((لَا قَبْلَهُ)).

(٢) فِي "د": ((الْمَزْبُور)).

(٣) فِي "د": ((مِنْ حِينَ الْوُطْءِ)).

(٤) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ٢١٩/٣.

(٥) الْمَقُولَةُ [١٢٥٠٨] قَوْلُهُ: ((وَارْتَكَبَ عَمْرًا لِحُلِّ)).

(٦) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ٢٣٠/٣ بِتَصْرِفٍ.

(٧) الْمَقُولَةُ [١٢٥١٢] قَوْلُهُ: ((وَيَبِيعُهَا لِأَخِيهِ مَثَلًا)).

(٨) "ح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الرِّقِيقِ ١٦٩/أ.

(ولو تَزَوَّجَهَا) ولو فاسداً (أبوه) ولو بالولاية (فَوَلَدَتْ) لم تَصِرْ أُمَّ وَلَدِهِ لتولِّدِهِ من نكاح (ويجبُ المهر^(١)) لا القيمة، وولدها حرٌّ).....

لا يكفي ثبوتها وقت الدعوى فقط، بل لا بد من ثبوتها من وقت العُلوق إلى وقت الدعوة، قال في "الفتح"^(٢): ((حتى لو أتت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت انتقال الولاية إليه لم تصح دعوته لما قلنا في الأب)) اهـ، أي: من أن الملك إنما يثبت بطريق الاستناد إلى وقت العُلوق، فيستدعي قيام ولاية التملك من حين العُلوق إلى التملك. [١٢٥٢٨] (قوله: ولو فاسداً) لأن الفاسد [١/١٤٣ق/٣] يثبت فيه النسب، فاستغنى عن تقدّم الملك له، "بحر"^(٣).

[١٢٥٢٩] (قوله: أبوه) أي: أو جدّه، "رحمي".
[١٢٥٣٠] (قوله: ولو بالولاية) في "البحر"^(٤) عن "الحاشية"^(٥): ((إذا تزوّج الرجلُ حاريةً ولديه الصغير، فولدت منه لا تصير أم ولد له، ويعتق الولد بالقرابة)).
[١٢٥٣١] (قوله: لتولِّدِهِ من نكاح) فلم يبقَ ضرورة إلى تملكها من وقت العُلوق لثبوت النسب بدونه، وأهمية الولد فرغ التملك، والنكاح يُنافيه.
[١٢٥٣٢] (قوله: ويجبُ المهر) لالتزامه إيّاه بالنكاح، وهو - إن لم يكن مسمى - مهرٌ مثلها في الجمال، "نهر"^(٦).

[١٢٥٣٣] (قوله: لا القيمة) لعدم تملكها، "نهر"^(٧).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ويجب المهر، قال في "النهر": وهو - إن لم يكن مسمى - مهرٌ مثلها في الجمال، أي: ما يرغب في مثلها جملاً فقط، وأما ما قيل: ما يُستأجر به مثلها في الرنا: لو جاز فليس معناه بل العادة أن ما يعطى لك أقل مما يعطى مهرًا؛ لأن الثاني للبقاء بخلاف الأول، والعادة زيادته عليه، كذا في "الفتح"، انتهى)). ق ١/٦٩ أ.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٧٨/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٢١/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٢٠/٣-٢٢١.

(٥) "الحاشية": كتاب العتاق - فصل في الاستيلاء ٥٦٩/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١/٩٢ ب.

(٧) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١/٩٢ ب.

يملك أخيه له، ومن الحيل أن يملك أمتة لطفله ثم يتزوجها.....

[١٢٥٣٤] (قوله: يملك أخيه له) فعتق عليه بالقرابة، "هداية"^(١). وظاهره أن الولد علق رقيقاً، واختلف فيه، فقيل: يعتق قبل الانفصال، وقيل: بعده، وثمرته تظهر^(٢) في الإرث، فلو مات المولى وهو الابن يرثه الولد على الأول دون الثاني، والوجه هو الأول؛ لأنه حدث على ملك الأخ من حين العلق، فلما ملكه عتق عليه بالقرابة بالحديث، كذا في "غاية البيان".

والظاهر عندي هو الثاني؛ لأنه لا ملك له من كل وجه قبل الوضع؛ لقولهم: الملك هو القدرة على التصرفات في الشيء ابتداءً، ولا قدرة للسيد على التصرف في الجنين بيع أو هبة وإن صح الإيصاء به وإعتاقه، فلم يتناول الحديث؛ لأنه في المملوك من كل وجه، ولذا لو قال: كل مملوك أملكه فهو حر لا يتناول الحمل، "بحر"^(٣)، وأقره في "النهر"^(٤) و"المقديسي".

[١٢٥٣٥] (قوله: ومن الحيل) أي: من جملة الحيل التي يدفع بها الإنسان عنه ما يضره، وهذا حيلة لما إذا أراد وطء الأمة، ولا تصير أم ولد له وإن ولدت منه كيلا تتمرد عليه إذا ولدت وعلمت أنها لا تباع، فيملكها لطفله بهية أو بيع، ثم يتزوجها بالولاية، فيصير حكمها ما مر^(٥)، فإذا احتاج إلى بيعها باعها وحفظ ثمنها لطفله، أو أنفق عليه أو على نفسه إن احتاج إليه.

(قوله: والظاهر عندي هو الثاني؛ لأنه لا ملك له إلخ) والظاهر عندي هو الأول؛ وذلك أن قوله عليه السلام: ((من ملك ذا رحم محرّم عتق عليه)) شامل لما ملك قصداً أو تباعاً، بخلاف لفظ مملوك؛ لأنه لفظ مطلق فلا يتناول الحمل لأنه تبع لأمة لا مقصود، فلا يدخل تحت المطلق، ولأنه عضو من وجه، والمملوك اسم يتناول الأنفس دون الأعضاء، بخلاف ما دلّ عليه لفظ الفعل فإنه لم يوجد فيه ما يدل على إرادة المملوك قصداً.

(١) "هداية": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٨/١.

(٢) ((تظهر)) ساقطة من الأصل.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٢٠/٣.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٣/١.

(٥) المقولة [١٢٥٣٠] قوله: ((ولو بالولاية)).

((ولو وطئَ جاريةَ امرأتهِ أو وليه أو جدّه، فولدَتْ وأدّعاها لا يثبتُ النسبُ إلا بتصديقِ المولى)) فلو كذبه ثم ملكَ الجاريةَ وقتاً ما ثبتَ النسبُ، وسيجيءُ في الاستيلاء.

[١٢٥٣٦] (قوله: ولو وطئَ جاريةَ امرأتهِ إلخ) محترزُ قوله سابقاً: ((قَتْلُ ابْنِ))، "ط" (١).

[١٢٥٣٧] (قوله: لا يثبتُ النسبُ إلا بتصديقِ المولى إلخ) فيه اختصارٌ، وعبارةُ "البحر" (٢): ((لا يثبتُ النسبُ، ويُدرأُ عنه الحدُّ للشبهة، فإن قال: أحلّها المولى لي لا يثبتُ النسبُ إلا أن يُصدقه المولى في الإحلال وفي أن الولدَ منه، فإن صدقه في الأمرين جميعاً ثبتَ النسبُ، وإلا فلا، وإن كذبه [٣/١٤٣ق/ب] المولى ثم ملكَ الجاريةَ يوماً من الدهر ثبتَ النسبُ، كذا في "الخانية" (٣). وفي "القنية" (٤): "وطئَ جاريةً أبيه فولدَتْ منه لا يجوزُ بيعُ هذا الولدِ ادّعى الواطئُ الشبهة أو لا؛ لأنه ولدٌ وليه، فيعتقُ عليه حينَ دَخَلَ في ملكه وإن لم يثبتَ النسبُ، كمن زنى بجاريةٍ غيره فولدَتْ منه ثم ملكَ الولدُ يعتقُ عليه وإن لم يثبتَ نسبهُ منه)) اهـ.

٣٨٤/٢

قلتُ: ومعنى ((أحلّها المولى)) أي: بنكاحٍ أو بهيةٍ مثلاً، لا بقوله: جعلتها حلالاً لك.

[١٢٥٣٨] (قوله: وسيجيءُ) (٥) إلخ) ذكرَ هناك ما يُفيدُ الخلافَ، وفيه كلامٌ سيأتي (٦) هناك

(قوله: ومعنى أحلّها المولى إلخ) فيه أنه إذا كان معنى الإحلال ما ذكرَ لا يتوقفُ ثبوتُ النسبِ على تصديقه أن الولدَ منه، والأصوبُ في تفسيره ما سيأتي له في الاستيلاء، كما نقلَ ما يُفيدُه عن "الكافي": "أن معناه أن يقول: أحلّتها لي، قال: ولعلَّ وجهَ ثبوته أن هذا القولُ صارَ شبهةً عقدياً لأنَّ حلّها لا يكونُ إلا بنكاحٍ، أو ملكٍ بعينٍ، فكأنه قال: ملكتُك بضعاً بأحدهما، وذلك وإن لم يصحَّ لكنّه يصيرُ شبهةً مؤثرةً في نفْيِ الحدِّ وفي ثبوتِ النسبِ إذا صدقه السيّدُ، أو ملكُ الولدِ إلى آخر ما ذكره. (قوله: ذكرَ هناك ما يُفيدُ الخلافَ إلخ) حيثُ نقلَ عن "المُصنّف" أنه إن ملكَ الأمُّ لا تصيرُ أمُّ وليه؛

(١) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٧٩/٢.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢١٩/٣.

(٣) "الخانية": كتاب العتاق - فصل في الاستيلاء ٥٦٩/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "القنية": كتاب العتاق - باب مسائل متفرقة ق ٤٩/أ، وفيها: ((وطئَ جاريةً ابنةً)) وهو خطأ.

(٥) انظر "الدر" عند المقولة [١٧١٠٤] قوله: ((لعدم ثبوت النسب)).

(٦) المقولة [١٧١٠٤] قوله: ((لعدم ثبوت النسب)).

(حُرَّةٌ) متزوَّجةٌ بَرَقِيقٍ (قالت لمولى زوجها) الحرُّ المكلفُ: (أَعْتَقَهُ عَنِّي بِالْفِ) أو زادتُ: ورَطَلٍ من حَمَرٍ؛ إذ الفاسدُ هنا كالصَّحيح.....

إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

[١٢٥٣٨*] (قوله: قالت لمولى زوجها) وكذا لو قال ذلك زَوْجُ الْأَمَةِ لمولى زوجها، لكن لا يَسْقُطُ المهرُ، "بحر"^(١).

[١٢٥٣٩] (قوله: الحرُّ المكلفُ) قَيَّدَ به ليَمَكْنَ منه الإعتاقُ، وفيه أَنَّهُ ليس مُعْتَقِي، إنما هو وكيْلٌ عنها فيه، فمَقْتَضَاهُ أَنْ يَتَوَقَّفَ بَيْعُ الصَّبِيِّ على إِجَازَةِ وَلِيِّهِ، وَأَمَّا الإعتاقُ فلا يُنْظَرُ إليه لَصِحَّةِ توكيلِهِ فيه، "ط"^(٢).

وصورةُ كونِ مولى الزَّوجِ غَيْرَ حُرٍّ أو غَيْرَ مُكَلَّفٍ: أَنْ يَشْتَرِيَ العبدُ المأذُونُ عبداً مُتزوَّجاً، أو يَرِثَهُ الصَّبِيُّ أو المَحْنُونُ من أبيه، والأَفْقَدُ مَرَّةً^(٣) أَنَّهُ لا يَمْلِكُ تزويجَ العبدِ إلَّا مَنْ يَمْلِكُ إعتاقَهُ. [١٢٥٤٠] (قوله: ورَطَلٍ من حَمَرٍ) مفعولٌ ((زادتُ))، أي: زادتُهُ على قولها: بِالْفِ.

[١٢٥٤١] (قوله: كالصَّحيح) لأنَّ البيعَ هنا غَيْرُ مقصودٍ، فلا يَلْزَمُ وجودُ شروطِهِ كما يَأْتِي قَرِيباً.^(٤)

لَعَدَمُ بُيُوتِ النَّسَبِ، وَثِقَلُ عَنْ "الخَانِيَّةِ" بُيُوتُهُ لِبَقَاءِ الإِفْرَاقِ، وَحَمَلُ "المَحْشِيِّ" الأوَّلَ على ما إذا وَطِئَ ظانًّا الحِلَّ، والثَّانِي على ما إذا ادَّعَى الإِحْلَالَ من المَوْلَى.

(قولُ "الشَّارَحِ": حُرَّةٌ متزوَّجةٌ بَرَقِيقٍ قالتُ لِمَوْلَى زَوْجِهَا إِنْ) يُشْتَرَطُ أهْلِيَّتُهَا للإعتاقِ حتَّى لو كانتُ صَبِيَّةً لَمْ يَصَحِّ، فكان الأوَّلُ أَنْ يَقُولَ: حُرَّةٌ مُكَلَّفَةٌ اهـ "سِنْدِي".

(قوله: وَأَمَّا الإعتاقُ فلا يُنْظَرُ إليه إِنْ) سَيَأْتِي أَنَّ البيعَ المُقْتَضَى - بِالْفَتْحِ - يُثْبِتُ بِشُرُوطِ المُقْتَضَى - بالكسر - وهو العتقُ، فلمَّا كان العتقُ غَيْرَ نَافِذٍ من الصَّبِيِّ كان البيعُ كذلك اهـ "سِنْدِي".

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٢١/٣ باختصار.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٨٠/٢.

(٣) "در" ص ٥٤٦-٥.

(٤) المقولة [١٢٥٤٣] قوله: ((اقتضاء)).

(فَفَعَلَ فَسَدَ النِّكَاحُ) لَتَقْدُمَ الْمَلِكُ اقْتِضَاءً، كَأَنَّهُ قَالَ: بَعَثَهُ مِنْكَ وَأَعْتَقْتُهُ عَنْكَ، لَكِنْ لَوْ قَالَ كَذَلِكَ وَقَعَ الْعَتَقُ عَنِ الْمَأْمُورِ؛ لَعَدِمَ الْقَبُولُ كَمَا فِي "الْحَوَاشِي السَّعْدِيَّةِ"^(١).

[١٢٥٤٢] (قَوْلُهُ: فَفَعَلَ) أَي: قَالَ: أَعْتَقْتُهُ، "ح" ^(٢) عَنْ "النَّهْرِ"^(٣).

[١٢٥٤٣] (قَوْلُهُ: اقْتِضَاءً) هُوَ دَلَالَةُ اللَّفْظِ عَلَى مَسْكُوتٍ يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ صِدْقُ الْكَلَامِ أَوْ صَحَّتُهُ. فَالْأَوَّلُ كَحَدِيث: «رُفِعَ الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ»^(٤)، أَي: رُفِعَ حُكْمُهُمَا وَهُوَ الْإِتْمَ، وَإِلَّا فَهُمَا وَاقِعَانِ فِي الْخَارِجِ، وَالثَّانِي كَمَسْأَلَتِنَا، فَإِنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ إِلَّا بِتَقْدِيمِ الْمَلِكِ، إِذِ الْمَلِكُ شَرْطٌ لَصَحَّةِ الْعَتَقِ عَنْهُ، فَتَقْدُمُ الْمَلِكِ بِالْبَيْعِ الْمُقْتَضَى - بِالْفَتْحِ - وَالْإِعْتَاقِ عَنِ الْأَمِيرِ الْمُقْتَضَى - بِالْكَسْرِ - فَيَصِيرُ قَوْلُهُ: أَعْتَقَ طَلَبَ التَّمْلِيكِ مِنْهُ بِالْأَلْفِ ثُمَّ أَمْرُهُ بِاعْتَاقِ عَبْدِ الْأَمِيرِ عَنْهُ، وَقَوْلُهُ: «(أَعْتَقْتُ)» تَمْلِكُ مِنْهُ ثُمَّ إِعْتَاقُ^(٥) عَنْهُ، وَإِذَا ثَبَتَ الْمَلِكُ لِلْأَمِيرِ فَسَدَ النِّكَاحُ لِلتَّنَافِي بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ. ثُمَّ الْمَلِكُ فِيهِ شَرْطٌ، وَالشَّرْطُ أَتْبَاعٌ، فَلِذَا ثَبَتَ الْبَيْعُ الْمُقْتَضَى - بِالْفَتْحِ - بِشَرْطِ الْمُقْتَضَى وَهُوَ الْعَتَقُ، لَا بِشَرْطِ نَفْسِهِ إِظْهَاراً لِلتَّبَعِيَّةِ، فَيُشْتَرَطُ أَهْلِيَّةُ الْأَمِيرِ لِلْإِعْتَاقِ، حَتَّى لَوْ [١٤٤/٣] ق/١٤٤ كَانَ صَبِيًّا مَأْدُونًا لَمْ يَثْبُتِ الْبَيْعُ، وَيَسْقُطُ الْقَبُولُ الَّذِي هُوَ رَكْنُ الْبَيْعِ، وَلَا يَثْبُتُ فِيهِ خِيَارُ رُؤْيَةِ أَوْ عَيْبٍ، وَلَا يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ، فَصَحَّ الْأَمْرُ بِاعْتَاقِ الْآبِقِ، وَيَسْقُطُ اعْتِبَارُ الْقَبْضِ فِي الْفَاسِدِ، كَمَا لَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُهُ عَنِّي بِالْأَلْفِ وَرَطَّلِي مِنْ خَمْرٍ. اهـ "بَحْرُ"^(٦) بِالْمَعْنَى.

[١٢٥٤٤] (قَوْلُهُ: لَكِنْ لَوْ قَالَ إلخ) حَاصِلُهُ: أَنَّ مَا ثَبَتَ بِالْإِقْتِضَاءِ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِشَرْطِ الْمُقْتَضَى - بِالْكَسْرِ - لَا بِشَرْطِ نَفْسِهِ كَمَا عَلِمْتَ، لَكِنْ هَذَا إِذَا لَمْ يُصْرَحْ بِالْمُقْتَضَى - بِالْفَتْحِ -، قَالَ فِي "فَتْحِ"

(١) "الحواشي السعدية": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٨١/٣ (هامش "فتح القدير").

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق/١٦٩ ب.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق/١٩٣ أ.

(٤) تقدم تخريجه ٤٠١/٣.

(٥) في النسخ جميعها: ((الإعتاق)) بـ ((أل)) التعريف، وما أثبتناه من "البحر" مؤلفاً للسياق.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٢١/٣ بتصرف.

ومُفَادُهُ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: قَبِلْتُ وَقَعَ عَنِ الْآمِرِ (وَالْوَلَاءُ لَهَا) وَلَزِمَهَا الْآلْفُ، وَسَقَطَ الْمَهْرُ (وَيَقَعُ) الْعِتْقُ (عَنْ كَفَّارَتِهَا إِنْ نَوَّهَتْ) عَنْهَا (وَلَوْ لَمْ تَقُلْ بِالْآلِفِ لَا) يَفْسُدُ لَعَدَمِ الْمَلِكِ (وَالْوَلَاءُ لَهُ) لِأَنَّهُ الْمُعْتَقُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الْقَدِيرُ^(١): ((فَلَوْ صَرَّحَ بِالْبَيْعِ فَقَالَ: بَعْتُكَ وَأَعْتَقْتُه لَا يَقَعُ عَنِ الْآمِرِ بَلْ عَنِ الْمَأْمُورِ، فَيُبَيِّتُ الْبَيْعَ ضَمْنًا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَلَا يُبَيِّتُ صَرِيحًا كِبَيْعِ الْأَجْنَةِ فِي الْأَرْحَامِ، فَإِذَا صَرَّحَ بِهِ ثَبَتَ بِشَرْطِ نَفْسِهِ، وَالْبَيْعُ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبُولِ وَلَمْ يُوجَدْ، فَيَعْتَقُ عَنْ نَفْسِهِ)) اهـ، أَي: وَلَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ كَمَا فِي "الْبَحْرِ"^(٢).

[١٢٥٤٥] (قَوْلُهُ: وَمُفَادُهُ إِنْجِ) الْبَحْثُ لِمُصَاحِبِ "النَّهْرِ"^(٣)، "ح"^(٤).

[١٢٥٤٦] (قَوْلُهُ: لَوْ قَالَ) أَي: الْآمِرُ، وَالْأَوَّلَى التَّصْرِيحُ بِهِ وَالْإِتْيَانُ بَعْدَهُ بِضَمِيرِهِ.

[١٢٥٤٧] (قَوْلُهُ: وَسَقَطَ الْمَهْرُ) لَاسْتِحَالَةِ وَجُوبِهِ عَلَى عَبْدِهَا، "نَهْر"^(٥).

[١٢٥٤٨] (قَوْلُهُ: لَا يَفْسُدُ) أَي: النِّكَاحُ خِلَافًا لـ "أَبِي يُوسُفَ"، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

(قَوْلُهُ: الْبَحْثُ لِمُصَاحِبِ "النَّهْرِ" "ح") قَالَ "السُّنْدِيُّ": ((لِي فِي هَذَا الْبَحْثِ نَظَرٌ بِاعْتِبَارِ صُدُورِ الْعِتْقِ قَبْلَ تِمَامِ الْبَيْعِ، فَإِنْ قَوْلُ الْآمِرِ: قَبِلْتُ، مَا كَانَ إِلَّا بَعْدَ تِمَامِ الْجُمْلَتَيْنِ وَهُمَا قَوْلُ لِمَأْمُورٍ: بَعْتُهُ وَأَعْتَقْتُه، وَلَا يَصِحُّ الْإِعْتَاقُ إِلَّا فِيمَا تَمَّ مِلْكُهُ اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَقَالَ بِتَحْلِيلِ الْقَبُولِ بَيْنَهُمَا))، انْتَهَى.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٨١/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ٢٢١/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٣/أ.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٧٠/أ.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الرقيق ق ١٩٣/أ.

﴿بابُ نكاح الكافر﴾

يشمل^(١) المُشْرِك^(٢) والكتابي. وها هنا ثلاثة أصول:

الأوَّل أن (كلَّ نكاحٍ صحيحٍ بين المسلمين فهو صحيحٌ بين أهل الكفرِ)
خلافًا لـ "مالك"،.....

﴿بابُ نكاح الكافر﴾

لَمَّا فَرَّغَ من نكاح الأحرار والأرقاء من المسلمين شرَعَ في نكاح الكُفَّار، وتقدَّم^(٣) في آخر باب المهر حكم مهر الكافر، وأنه تثبت بقيَّة أحكام النكاح في حقهم كالمسلمين من وجوب النفقة في النكاح ووقوع الطلاق ونحوهما كعدَّة، ونسب، وخيار بلوغ، وتوارث نكاح صحيح، وحرمة مُطلَّقة ثلاثاً، ونكاح محارم.

[١٢٥٤٩] (قوله: يَشْمَلُ المُشْرِكَ والكتابي) لو قال: يَشْمَلُ الكِتَابِيَّ وغيره لكان أولى؛ ليدخل من ليس بمُشْرِكٍ ولا كتابي كالذهري. وأشار إلى أن التعبير بالكافر لشموله الكتابي أولى من تعبير "الهداية"^(٤) تبعاً لـ "القدوري"^(٥) بالمُشْرِك. اهـ "ح"^(٦). واعتذر في "الفتح"^(٧) عن "الهداية": ((بأنه أراد بالمُشْرِك ما يَشْمَلُ الكِتَابِيَّ إمَّا تغليبا، أو ذهاباً إلى ما اختاره البعض من أهل الكتاب داخلون في المشركين، أو باعتبار قول طائفة منهم: عزير ابن الله، والمسيح ابن الله، تعالى الله ربُّ العزَّة والكبرياء)).

[١٢٥٥٠] (قوله: خلافًا لـ "مالك") فلا يقول بصحَّة أنكِحتهم ولو صحَّت بين المسلمين، وأُخذَ منه أنه لا يقول بالأصلين الأخيرين بالأوَّل، "ط"^(٨).

(١) في "ب": ((يشتمل)).

(٢) عبارة "د": ((يشمل نكاح المشرك)).

(٣) "در" ص ٥٢٩-٥٣٠.

(٤) حيث يؤبِّ لذلك بقوله: ((باب نكاح أهل الشرك)) انظر "الهداية": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢١٩/١.

(٥) لم نثر على هذا التعبير في "كتاب القدوري"، ولعله في غيره.

(٦) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٧٠/١.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٢/٣-٢٨٣.

(٨) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٠/٢.

وِيرُدُّهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأَمْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْحَطَبِ﴾ [المسد - ٤]، وقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ: «وُلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ لَا مِنْ سِفَاحٍ».
(و) الثَّانِي أَنَّ (كُلَّ نِكَاحٍ حَرَّمَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ لِفَقْدِ شَرْطِهِ).....

[١٢٥٥١] (قَوْلُهُ: وَيرُدُّهُ) أي: قول [٣/٤٤ق/ب] "مالِكُ" المفهوم من قَوْلِهِ: ((خِلَافاً
لـ "مالِكٍ"))، فَإِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ: وَقَالَ "مالِكٌ": "لا يَصَحُّ، "ط"^(١).
[١٢٥٥٢] (قَوْلُهُ: وَامْرَأَتُهُ حَمَّالَةُ الْحَطَبِ) أي: فهذه الإِضَافَةُ قَاضِيَةٌ عَرُفًا وَلُغَةً بِالنِّكَاحِ، وَقَدْ
قَصَّهَا اللهُ تَعَالَى فِي كِتَابِهِ مُفِيدَةً لِهَذَا الْمَعْنَى، "ط"^(٢).

مطلب في الكلام على أبي النبي ﷺ وأهل الفترة

[١٢٥٥٣] (قَوْلُهُ: وُلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ لَا مِنْ سِفَاحٍ) أي: لَا مِنْ زِنَا، وَالْمَرَادُ بِهِ نَفْيُ مَا
كَانَتْ عَلَيْهِ الْجَاهِلِيَّةُ مِنْ أَنَّ الْمَرْأَةَ تُسَافِحُ رَجُلًا مَدَّةً ثُمَّ يَتَزَوَّجُهَا، وَقَدْ اسْتَدَلَّ بِالْحَدِيثِ
الْمَذْكُورِ فِي "الْفَتْحِ"^(٣) أَيْضاً.

وَوَجْهُهُ: أَنَّهُ ﷺ سَمَّى مَا وَجَدَ قَبْلَ الْإِسْلَامِ مِنْ أَنْكِحَةِ الْجَاهِلِيَّةِ نِكَاحًا، وَلَا يُقَالُ: إِنَّ
فِيهِ إِسَاءَةً أَدَبٍ لِاقْتِضَائِهِ كُفْرَ الْأَبْوِينَ الشَّرِيفِينَ مَعَ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَحْيَاهُمَا لَهُ وَأَمَّنَا بِهِ كَمَا وَرَدَ
فِي حَدِيثٍ ضَعِيفٍ^(٤)؛ لِأَنَّا نَقُولُ: إِنَّ الْحَدِيثَ أَعْمُ بِدَلِيلٍ رَوَاهُ "الطَّبْرَانِيُّ" وَ"أَبِي نُعَيْمٍ" وَ"ابْنُ
عَسَاكِرَ": «خَرَجْتُ مِنْ نِكَاحٍ وَلَمْ أَخْرُجْ مِنْ سِفَاحٍ مِنْ لَدُنْ آدَمَ إِلَى أَنْ وَلَدَنِي أَبِي وَأُمِّي، لَمْ يُصَيِّبْنِي
مِنْ سِفَاحِ الْجَاهِلِيَّةِ شَيْءٌ»^(٥)، وَإِحْيَاءُ الْأَبْوِينَ بَعْدَ مَوْتِهِمَا لَا يُنَافِي كَوْنَ النِّكَاحِ كَانَ

(١) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٠/٢.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٠/٢.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٣/٣.

(٤) أخرجه السهيلي في "الروض الأنف" ١٩٤/١ - ١٩٥، وقال: روي حديث غريب لعله أن يصح، وكذا القرطبي في "التذكرة" ص ٢٧-٢٨.

(٥) أخرجه الطبراني في "الأوسط" (٤٧٢٨)، وأبو نعيم في "دلائل النبوة" ص ٧٥ - رقم (١٤)، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٩٠/٧ كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك وطلاقهم، وفي "دلائل النبوة" ١٧٤/١.

٣٨٥/٢ في زمن الكفر، ولا يُنابى أيضاً ما قاله "الإمام" في "الفقه الأكبر"^(١): ((من أنَّ والديَّ ﷺ ماتا على الكفر))، ولا ما في "صحيح مسلم"^(٢): ((استأذنتُ ربِّي أنَّ أستغفرَ لأُمِّي فلم يَأْذَنْ لي))، وما فيه^(٣) أيضاً: أنَّ رجلاً قال: يا رسول الله، أين أبي؟ قال: ((في النار))، فلما قفَى دَعَاؤه، فقال: ((إنَّ أبي وأباك في النار))؛ لإمكان أن يكونَ الإحياء بعد ذلك؛ لأنَّه كان في حَجَّةِ الوداع، وكونُ

- وأورده الميشتي في "المجمع" ٣٩٥/٨ كتاب علامات النبوة - باب في كرامة أصله، وقال: رواه الطبراني في "الأوسط" وفيه: محمد بن جعفر بن محمد بن علي، صحح له الحاكم في "المستدرک"، وقد تُكَلِّم فيه، وبقيّة رجاله ثقات. كلهم من حديث علي مرفوعاً، وفي الباب عن ابن عباس وعائشة رضي الله عنهم.

(١) لم نعثَر عليها في متن "الفقه الأكبر" قال "ط" ٨٠/٢: ((وما في "الفقه الأكبر" من أنَّ والديَّ ﷺ ماتا على الكفر فمدسوس على الإمام، ويدل عليه أن النسخ المَعْتَمَدة منه ليس فيها شيء من ذلك)). ويؤيده ما قاله الإمام محمد زاهد الكوثري رحمه الله في مقدمة تحقيقه لكتاب "العالم والمتعلم" ص ٧: ((ففي بعض تلك النسخ: وأبو النبي ﷺ)) ((ماتا على الفطرة)) ((والفطرة سهلة التحريف إلى الكفر في الخطّ الكوفي. وفي أكثرها: ((ما ماتا على الكفر)). وقال الحافظ محمد المرتضى الزبيدي في رسالته "الاتصار لوالدي النَّبي المختار" ما معناه: ((إن الناسخ لما رأى تكرر ((ما)) في ((ما ماتا)) ظنَّ أن إحداهما زائدة فحذفها فذاعت نسخته الخاطئة.

وإنَّي بمحمد الله رأيت لفظ ((ما ماتا)) في نسختين بدار الكتب المصرية قديمتين، كما رأى بعض أصدقائي لفظيَّ ((ما ماتا)) و((على الفطرة)) في نسختين قديمتين بمكتبة شيخ الإسلام - عارف حكمت -)) أهد بتصرف، وكتب العلامة المحدث عبد الفتاح أبو غدة رحمه الله على هامش نسخته عند ((ما ماتا)): هذا في نسخة المكتبة المذكورة ذات الرقم (٢٢٦) مجاميع. وعنده ((على الفطرة)) هذا في نسخة المكتبة المذكورة ذات الرقم (٢٣٥) مجاميع.

(٢) أخرجه مسلم (٩٧٦) كتاب الجنائز - باب استئذان النبي ﷺ ربه عز وجل في زيارة قبر أمه، وأبو داود (٣٢٣٤) كتاب الجنائز - باب في زيارة القبور، والنسائي ٩٠/٤ كتاب الجنائز - باب زيارة قبر المشرك، وابن ماجه مطولاً (١٥٧٢) كتاب الجنائز - باب ما جاء في زيارة قبور المشركين، ومختصراً (١٥٦٩) باب ما جاء في زيارة القبور، وابن حبان (٣١٦٩) كتاب الجنائز - فصل في زيارة القبور، وأبو يعلى (٦١٩٣)، والحاكم ٣٧٥/١ كتاب الجنائز، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٧٦/٤. كلهم من حديث أبي هريرة مرفوعاً، وفي الباب عن بريدة.

(٣) أخرجه مسلم (٢٠٣) كتاب الإيمان - باب بيان أنَّ مَنْ مات على الكفر فهو في النار، وأحمد ١١٩/٣ - ٢٦٨، وأبو داود (٤٧١٨) كتاب السنة - باب ذراري المشركين، وأبو يعلى (٣٥١٦)، وابن حبان (٥٧٨) كتاب السير والإحسان - باب الصحبة والمخالسة، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٩٠/٧ كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك وطلاقتهم. كلهم من حديث أنس مرفوعاً، وفي الباب عن سعد بن أبي وقاص، وعمران بن الحصين.

الإيمان عند المعاينة غير نافع فكيف بعد الموت فذاك في غير الخصوصية التي أكرم الله بها نبيه ﷺ، وأما الاستدلال على نجاتهما بأنهما ماتا في زمن الفترة فهو مبني على أصول الأشاعرة: أن من مات ولم تبلغه الدعوة يموت ناجياً، أما الماتريديَّة: فإن مات قبل مضي مدَّة يمكِّنه فيها التأمل، ولم يعتقِد إيماناً ولا كفرًا فلا عقابَ عليه، بخلاف ما إذا اعتقَد كفرًا أو مات بعد المدَّة غير معتقِد شيئاً، نعم البخاريون من الماتريديَّة وافقوا الأشاعرة، وحملوا قول "الإمام": لا عُذر لأحدٍ في الجهل بخلافه على ما بعد البعثة، واختاره المحقق "ابن الهمام" في "التحرير"^(١)، لكن هذا في غير من مات معتقداً [١/١٤٥ق/٣] للكفر، فقد صرَّح "النووي"^(٢) و"الفخر الرازي": ((بأن من مات قبل البعثة مشركاً فهو في النار))، وعليه حمل بعض المالكيَّة ما صَحَّ من الأحاديث في تعذيب أهل الفترة، بخلاف من لم يشرك منهم ولم يؤخِّد، بل بقي عمره في غفلة من هذا كله، ففيهم الخلاف، وبخلاف من اهتمدَى منهم بعقله كـ "قس بن ساعدة" و"زيد بن عمرو بن نُفيل"، فلا خلاف في نجاتهم، وعلى هذا فالظنُّ في كرم الله تعالى أن يكون أبواه ﷺ من أحد هذين القسمين، بل قيل: إن آباءه ﷺ كلُّهم موحِّدون؛ لقوله تعالى: ﴿وَقَلِّبْكَ فِي السَّجْدِينَ﴾ [الشعراء- ٢١٩]، لكن ردَّه "أبو حيان" في "تفسيره"^(٣): ((بأنه قول الرافضة، ومعنى الآية: وتردُّدك في تصفُّح أحوال المتهمِّدين))، فافهم.

وبالجملة كما قال بعضُ المحققين: إنه لا ينبغي ذكرُ هذه المسألة إلا مع مزِيد الأدب، وليست من المسائل التي يضرُّ جهلُها أو يسأل عنها في القبر أو في الموقف، فحفظ اللسان عن التكلُّم فيها إلا بخير أولى وأسلم، وسيأتي^(٤) زيادة كلام في هذه المسألة في باب المرتدَّ عند قوله:

(١) "التحرير": الباب الأول في الأحكام - الفصل الثاني في الحاكم ص ٢٢٠.

(٢) "شرح صحيح مسلم": كتاب الإيمان - باب أن من مات على الكفر فهو في النار ٧٤/٣.

(٣) "البحر المحيط": تفسير سورة الشعراء ٤٧/٧. لأبي حيان محمد بن يوسف بن حيان، أثّر الدين الغرناطي الجبائي الأندلسي (ت ٧٤٥هـ). ("كشف الظنون" ٢٢٦/١، "طبقات الشافعية الكبرى" ٢٧٦/٩، "الدرر الكامنة"

٣٠٢/٤، "هدية العارفين" ١٥٢/٢).

(٤) انظر "الدر" عند المقالة [٢٠٣١٨] قوله: ((وتوبة اليأس مقبولة إلخ)).

كعدم شهود (يجوز في حقهم إذا اعتقدوه) عند "الإمام" (ويقرؤون عليه بعد الإسلام).

(و) الثالث (أن كل نكاح حرم.....)

((وتوبة اليأس مقبولة دون إيمان اليأس)).

[١٢٥٥٤] (قوله: كعدم شهود) وعده^(١) من كافر.

[١٢٥٥٥] (قوله: عند "الإمام") هو الصحيح كما في "المضمرات"، "قهستاني"^(٢). وعند "زفر" لا يجوز، وهما مع "الإمام" في النكاح بغير شهود، ومع "زفر" في النكاح في عدة الكافر، "ح"^(٣). قال في "الهداية"^(٤): ((ول "أبي حنيفة": أن الحرمة لا يمكن إثباتها حقاً للشرع؛ لأنهم لا يخاطبون بحقوقه، ولا وجه إلى إيجاب العدة حقاً للزوج؛ لأنه لا يعتقده، بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم؛ لأنه يعتقده)). اهـ.

وظاهره أنه لا عدة من الكافر عند "الإمام" أصلاً، وإليه ذهب بعض المشايخ، فلا تثبت الرجعة للزوج بمجرد طلاقها، ولا تثبت نسب الولد إذا أتت به لأقل من ستة أشهر بعد الطلاق، وقيل: تحب، لكنها ضعيفة لا تمنع من صحة النكاح، فيثبت للزوج الرجعة والنسب، والأصح الأول كما في "القهستاني"^(٥) عن "الكرمانى"، ومثله في "العناية"^(٦)، وذكر في "الفتح"^(٧): ((أنه الأولى، ولكن منع عدم ثبوت النسب؛ لأنهم لم ينقلوا ذلك عن "الإمام"، بل فرغوه على قوله بصحة العقد بناء على عدم وجوب العدة، فلنا أن نقول بعدم وجوبها وثبوت النسب؛ لأنه إذا علم من له الولد بطريق آخر

(١) في "الأصل" و"^(٢)": ((وكعدة)).

(٢) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل نكاح القن ٢٩٥/١.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح القن ق ١٧٠/١.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢١٩/١.

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح - باب نكاح القن ٢٩٥/١.

(٦) "العناية": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٥/٣ (هامش "فتح القدير").

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٤/٣ بتصرف.

لحرمة المحلِّ) كمحارم (يقع جائزاً، وقال مشايخ العراق: لا) بل فاسداً، والأوّلُ أصحُّ، وعليه فتجبُ النفقة، ويُحدُّ قاذفُهُ، وأجمعوا على^(١) أنَّهم لا يتوارثون؛ لأنَّ الإرث ثبت بالنصِّ على خلافِ القياس في النكاح الصحيح مطلقاً، فيقتصرُ عليه، "ابن ملكٍ".....

وَجَبَ الْخِلَافُ [٣/٤٥٥ق/ب] به بعدَ كونه عن فراشٍ صحيح، ومَجِيئُها به لأقلَّ من ستَّة أشهرٍ من الطَّلَاقِ مما يُفِيدُ ذلك)) اهـ، وأقرَّه في "البحر"^(٢).

ونازَعَهُ في "النَّهْر"^(٣): ((بأنَّ المذكورَ في "المحيط" و"الزَّيْلَعِي"^(٤): أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ))، قال: ((وقد غفَلَ عنه في "البحر"، وأنتَ خبيرٌ بأنَّ صاحب "الفتح" لم يدَّعِ أَنَّ ذلك لم يذكره، بل اعترفَ بذلك، وإنما نازَعَهُم في التَّخْرِيجِ وَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ من عدمِ ثُبُوتِ الْعِدَّةِ عدمُ ثُبُوتِ النَّسَبِ))، فافهم.

[١٢٥٥٦] (قوله: لحرمة المحلِّ) أي: محلَّ العقد وهو الزَّوْجَةُ، بأنَّ كَانَتْ غيرَ محلٍّ له أصلاً، فإنَّ الْمَحْرَمِيَّةَ مُنَافِيَةٌ له ابتداءً وبقاءً بخلافِ عدمِ الشُّهُودِ والعِدَّةِ كما يأتي^(٥).

[١٢٥٥٧] (قوله: كمحارم) وكمُطْلَقَةٍ ثَلَاثٍ ومُعْتَدَةٍ مسلمٍ.

[١٢٥٥٨] (قوله: بل فاسداً) أفادَ أَنَّ الْخِلَافَ في الْجَوَازِ وَالْفَسَادِ مع اتِّفَاقِهِم على عدمِ التَّعَرُّضِ قَبْلَ الْإِسْلَامِ وَالْمُرَافَعَةِ، "رملِي".

[١٢٥٥٩] (قوله: وعليه) أي: على الأصحِّ من وقوعه جائزاً تجبُ النفقة إذا طَلَبَتْها، وإذا دَخَلَ بها ثُمَّ أَسْلَمَ فَقَدْ فَدَّهَ إِنْسَانٌ يُحَدُّ كما في "البحر"^(٦)، أمَّا على القولِ بوقوعه فاسداً لَا تَجِبُ وَلَا يُحَدُّ قَاذِفُهُ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ فَلَا يَكُونُ مُحَصَّنًا.

[١٢٥٦٠] (قوله: وأجمعوا إلخ) جوابٌ عمَّا يُقال: إِنَّهُ على القولِ بِالْجَوَازِ يَنْبَغِي ثُبُوتُ الْإِرْثِ

(١) ((على)) ليست في "د" و"و".

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٢/٣-٢٢٣ بتصرف.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ١/١٩٣ق - ب.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ١٧٢/٢.

(٥) المفقولة [١٢٥٦٨] قوله: ((لعدم المحلِّ)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٣/٣.

(أسلمَ المتزوجان بلا) سماع (شهود).....

أيضاً، والجواب أن القياس عدمُ ثبوت الإرث لأحد الزوجين؛ لأنهما أجنبيان، لكنه ثبت بالنص على خلاف القياس في النكاح الصحيح مطلقاً، أي: ما يُسمى صحيحاً عند الإطلاق كالنكاح المعتبر شرعاً، وأمّا نكاح المحارم فيُسمى صحيحاً، لا مطلقاً بل بالنسبة إلى الكفار، فيقتصر على مورد النص.

٣٨٦/١

قلت: وفيه أن ما قيد شرطه ليس صحيحاً عند الإطلاق أيضاً مع أنه يثبت فيه التوارث كما سيذكره^(١) "الشارح" في كتاب الفرائض، حيث قال معزياً لـ "الجوهرة"^(٢): ((وكل نكاح لو أسلماً يُقران عليه يتوارثان به، وما لا فلا))، قال: ((وصححه في "الظهيرية"^(٣)) اهـ، تأمل. ثم في حكاية الإجماع تبعاً لـ "البدائع"^(٤) نظر، فقد جرى "القهستاني"^(٥) على ثبوت الإرث، لكن الصحيح خلافه كما سمعت، وكذا قال في "سكب الأنهر": ((ولا يتوارثون بنكاح لا يُقران عليه كنكاح المحارم، وهذا هو الصحيح)) اهـ.

[١٢٥٦١] (قوله: أسلمَ المتزوجان إلخ) وكذا لو ترافعا إلينا قبل الإسلام أقرأ عليه، ولم يذكره؛

﴿باب نكاح الكافر﴾

(قوله: وفيه أن ما قيد شرطه ليس صحيحاً إلخ) قد يقال: إن من قال بعدم التوارث في نكاح المحارم يقول بحدوده أيضاً فيما قيد شرطه لِمَا ذكره "الشارح" من العلق بقوله: ((لأن الإرث ثبت إلخ))، ومن قال بالتوارث في الأول يقول به أيضاً في الثاني، ويقول: التوارث بالنكاح يعتمد على جوازه، ولا يقول بالعلّة التي ذكرها "الشارح".

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٣٧٥٠٠] قوله: ((وكل نكاح إلخ)).

(٢) "الجوهرة النيرة": كتاب الفرائض - باب الرد ٤١٢/٢.

(٣) "الظهيرية": كتاب النكاح - الفصل التاسع في نكاح أهل الذمة ق ٨٤/ب.

(٤) لم نعر عليها في نسخة "البدائع" التي بين أيدينا.

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح - فصل نكاح القن ٢٩٥/١.

أو في عِدَّةٍ كافرٍ مُعتَقِدِينَ ذلك.....

لأنَّه معلومٌ بالأوَّل [١/٤٦٣/٣] كما في "النهر" ^(١) و"البحر" ^(٢).

[١٢٥٦٢] (قوله: أو في عِدَّةٍ كافرٍ) احتراز ^(٣) عن عِدَّةٍ مسلمٍ كما يُنبَّه عليه "المصنّف" ^(٤) بعدُ، وقيدَ في "الهداية" ^(٥) الإسلامَ والمرافعةَ بما إذا كانا الحرمةَ قائمةً، قال في "العناية" ^(٦): ((وأمَّا إذا كانا بعدَ انقضاءِ العِدَّةِ فلا يُفرَّقُ بينهما بالإجماع)).

[١٢٥٦٣] (قوله: مُعتَقِدِينَ ذلك) فلو لم يكن جائزاً عندهم يُفرَّقُ بينهما اتفاقاً؛ لأنَّه وقعَ باطلاً فيجبُ التَّجديدُ، "بحر" ^(٧). ونقلَ بعضُ المحشِّين عن "ابن كمالٍ": ((أَنَّ الشَّرْطَ حَوازُهُ في دِينِ الزَّوْجِ خَاصَّةً)) اهـ.

قلت: والظاهرُ أنَّه أرادَ الزَّوْجَ الأوَّلَ، وهو الذي طَلَّقَهَا؛ لأنَّ العِدَّةَ حقُّ الزَّوْجِ المُطَلَّقِ، فإذا كان لا يَعتَقِدُهَا لا يَمكنُ إيجابُها له، بخلاف ما لو كانت تحت مسلمٍ كما قدَّمناه ^(٨) قريباً

(قوله: قُلْتُ: والظاهرُ أنَّه أرادَ الزَّوْجَ الأوَّلَ إلخ) قد يقال: إنَّ الزَّوْجَ الثَّانِي إذا كان يَعتَقِدُ وُجُوبَها دون الأوَّلِ يُمكنُ إيجابُها حقّاً للشرعِ فُعابِلُهُ باعتقاده، فالظاهرُ أنَّ الشَّرْطَ حَوازُهُ في دِينِ كُلِّ مِنَ الزَّوْجِ الأوَّلِ والثَّانِي، ويدلُّ على اعتبار اعتقادِ الزَّوْجِ الثَّانِي أنَّه لو تزوَّجَ بلا شُهودٍ وهو لا يَعتَقِدُهُ لا يُقرُّ عليه مُعاملةٌ له باعتقاده، بل كلامُ "ابن كَمالٍ" دالٌّ على إرادةِ الزَّوْجِ الثَّانِي، وذلك أنَّه اعترَضَ قولَ المُتَوَّنِ (مُعتَقِدِينَ ذلك)) بقوله: ((وفيه أنَّ الشَّرْطَ حَوازُهُ في دِينِ الزَّوْجِ خَاصَّةً، ثم لا يُعتَبَرُ اعتقاده وحده بل دِينُهُ العَامُّ لأهلِ مِلَّتِهِ)) كما نقلَهُ عنه "السَّنَدِيُّ"، فكلَّامُهُ يُفيدُ أنَّه لا يُشترَطُ اعتقادُ المُتَزَوِّجِينَ جميعاً بل الزَّوْجَ الثَّانِي وحده.

(١) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١/٩٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢/٢٢٣.

(٣) في "م": ((احتراز)).

(٤) المقولة [١٢٥٦٦] قوله: ((أو تزوج كاتبة في عدة مسلم)).

(٥) "الهداية": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢/٢١٩.

(٦) "العناية": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢/٢٨٤ (هامش "فتح القدير").

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢/٢٢٣.

(٨) المقولة [١٢٥٥٥] قوله: ((عند الإمام)).

أَقْرًا عَلَيْهِ) لَأَنَّا أَمَرْنَا بِتَرْكِهِمْ وَمَا يَعْتَقِدُونَ (وَلَوْ كَانَ) أَي: الْمُتَزَوِّجَانِ اللَّذَانِ أَسْلَمَا (مَحْرَمَيْنِ، أَوْ أَسْلَمَ أَحَدُ الْمَحْرَمَيْنِ، أَوْ تَرَفَعَا إِلَيْنَا وَهَمَّا عَلَى الْكُفْرِ.....

عن "الهداية"، تأمل.

[١٢٥٦٤] (قَوْلُهُ: أَقْرًا عَلَيْهِ) أَي: عِنْدَهُ خِلَافًا لِهَمَّا فِيمَا إِذَا كَانَ النِّكَاحُ فِي الْعِدَّةِ كَمَا مَرَّ^(١)، لَكِنْ فِي "الْبَحْرِ"^(٢) وَ"الْفَتْحِ"^(٣) عَنِ "الْمَبْسُوطِ"^(٤): ((إِذَا أَسْلَمَا وَالْعِدَّةُ مُنْقَضِيَّةٌ لَا يُفْرَقُ بِالْإِجْمَاعِ)). [١٢٥٦٥] (قَوْلُهُ: لَأَنَّا أَمَرْنَا بِتَرْكِهِمْ إِيخ) هَذَا التَّعْلِيلُ إِنَّمَا يَظْهَرُ فِيمَا إِذَا تَرَفَعَا وَهَمَّا كَافِرَانِ، أَمَّا بَعْدَ الْإِسْلَامِ فَالْعِدَّةُ مَا فِي "الْبَحْرِ"^(٥): ((مَنْ أَنَّ حَالَةَ الْإِسْلَامِ وَالْمَرَاغَةَ حَالَةُ الْبَقَاءِ، وَالشَّهَادَةُ لَيْسَتْ شَرْطًا فِيهَا، وَكَذَا الْعِدَّةُ لَا تُنَافِيهَا كَالْمُنْكَوحَةِ إِذَا وَطِئَتْ بِشَبِيهَةٍ)) اهـ "ط"^(٦)، أَي: فَإِنَّ الْمُوطِوءَ بِشَبِيهَةٍ تَحِبُّ الْعِدَّةُ عَلَيْهَا حَالَ قِيَامِ النِّكَاحِ مَعَ زَوْجِهَا وَتَحْرُمُ عَلَيْهِ، "فَتْحِ"^(٧)، أَي: تَحْرُمُ عَلَيْهِ إِلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ.

[١٢٥٦٦] (قَوْلُهُ: مَحْرَمَيْنِ) بَأَنَّ تَزَوَّجَ بِمَوْسَى أُمَّهُ أَوْ بَنَتَهُ، وَكَذَا لَوْ تَزَوَّجَ مُطَلَّقَتُهُ ثَلَاثًا، أَوْ جَمَعَ بَيْنَ هَمْسٍ أَوْ أُخْتَيْنِ فِي عُقْدَةٍ ثُمَّ أَسْلَمَا أَوْ أَحَدُهُمَا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا إِجْمَاعًا، "فَتْحِ"^(٨). وَكَذَا قَالَ فِي "النَّهْرِ"^(٩): ((وَلَيْسَ الْحُكْمُ مَقْصُورًا عَلَى الْمَحْرَمِيَّةِ، بَلْ كَذَلِكَ لَوْ تَزَوَّجَ مُطَلَّقَتُهُ ثَلَاثًا إِيخ))،

(قَوْلُهُ: هَذَا التَّعْلِيلُ إِنَّمَا يَظْهَرُ فِيمَا إِذَا تَرَفَعَا وَهَمَّا كَافِرَانِ إِيخ) قَدْ يُقَالُ: هُوَ ظَاهِرٌ أَيْضًا فِيمَا بَعْدَ الْإِسْلَامِ، مُلَاحَظَةُ تَمَامِ الْعِلَّةِ بَأَنَّ يُقَالُ: وَحَالَةَ الْإِسْلَامِ إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرَهُ عَنِ "الْبَحْرِ".

(١) الْمُقُولَةُ [١٢٥٥٥] قَوْلُهُ: ((عِنْدَ الْإِمَامِ)).

(٢) "الْبَحْرِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ ٢٢٣/٣.

(٣) "الْفَتْحِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ أَهْلِ الشُّرْكَ ٢٨٤/٣.

(٤) "الْمَبْسُوطِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ أَهْلِ النِّمَةِ ٣٨/٥.

(٥) "الْبَحْرِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ ٢٢٢/٣.

(٦) "ط": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ ٨١/٢ بَوْضِيحٌ مِنْ ابْنِ عَابِدِينَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى.

(٧) "الْفَتْحِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ أَهْلِ الشُّرْكَ ٢٨٤/٣.

(٨) "الْفَتْحِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ أَهْلِ الشُّرْكَ ٢٨٥/٣.

(٩) "النَّهْرِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ ١٩٣/ب.

فَرَّقَ) القاضي أو الذي حَكَمَهُ (بينهما) لعدمِ الحِلِّيَّةِ (وإمرافعة أحدهما لا^(١)) يُفَرِّقُ لبقاء حق الآخر.....

ثمَّ قال^(٢): ((قِدْنَا بكونه تَزَوَّجَ حَمْسًا فِي عُدَّةٍ؛ لِأَنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَهُنَّ عَلَى التَّعاقُبِ فَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْخَامِسَةِ فَقَطْ، وَلَوْ تَزَوَّجَ وَاحِدَةً ثُمَّ أَرْبَعًا جازَ نِكَاحُ الْوَاحِدَةِ لَا غَيْرُ، وَلَوْ أَسْلَمَ بَعْدَمَا فَارَقَ إِحْدَى الْأُخْتَيْنِ أَقْرَأَ عَلَيْهِ)) اهـ، وثَمَّاهُ فِيهِ.

[١٢٥٦٧] (قَوْلُهُ: فَرَّقَ الْقَاضِي) أَمَّا عَلَى قَوْلِهِمَا فَظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ لِهَذِهِ الْأَنْكِحَةَ حَكْمَ الْبُطْلَانِ^(٣) فِيمَا بَيْنَهُمْ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِ فَلَأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ لَهَا حَكْمُ الصَّحَّةِ فِي الْأَصَحِّ - حَتَّى تَجِبُ النِّفْقَةُ وَيُحَدُّ قَاضِفُهُ - إِلَّا أَنَّ الْمَحْرَمِيَّةَ وَمَا مَعَهَا تُنَافِي الْبَقَاءَ كَمَا تُنَافِي الْإِبْتِدَاءَ بِخِلَافِ الْعِدَّةِ، [١٤٦٣/ب/٣] "نَهْر"^(٤). وَفِي "أَبِي السَّعُودِ"^(٥) عَنْ "الْحَمُويِّ"^(٦): ((قَالَ "الْبَرْجَنْدِيُّ": ظَاهِرُ الْعِبَارَةِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا تَقَعُ الْبَيْنُونَةُ بِالْإِسْلَامِ، وَقَالَ "قَاضِي خَان"^(٧): تَبَيَّنُ بَدُونُ تَفْرِيقِ الْقَاضِي، ذَكَرَهُ فِي "الْقَنِيَّةِ"^(٨)). [١٢٥٦٨] (قَوْلُهُ: لَعْدِمِ الْحِلِّيَّةِ) أَي: مَحَلِّيَّةِ الْمَحْرَمَةِ وَمَا مَعَهَا لَعْدِمُ الزَّوْجِيَّةِ إِبْتِدَاءً وَبَقَاءً، وَهَذَا تَعْلِيلٌ عَلَى قَوْلِ "الإمام" كَمَا عَلِمْتَ.

[١٢٥٦٩] (قَوْلُهُ: وَإِمْرَافَعَةُ أَحَدِهِمَا لَا يُفَرِّقُ) أَي: عِنْدَهُ خِلَافًا لِمَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَرَافَعَا فَإِنَّهُ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا عِنْدَهُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُمَا رَضِيَا بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ، فَصَارَ الْقَاضِي كَالْمُحْكَمِ، "فَتَح"^(٩). [١٢٥٧٠] (قَوْلُهُ: لِبَقَاءِ حَقِّ الْآخَرِ) لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِحُكْمِنَا.

(١) فِي "د" زِيَادَةٌ: ((قَوْلُهُ: وَإِمْرَافَعَةُ أَحَدِهِمَا لَا، هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا: يَفْرُقُ. وَإِمْرَافَعَةُ أَحَدِهِمَا كَالْإِسْلَامِ، كَمَا فِي "التَّبْيِينِ". وَقَالَ فِي "الْمَوْهَرَةِ": قَالَ أَبُو يُونُسَ: فَرَّقَ بَيْنَهُمَا سِوَاءَ تَرَافَعُوا إِلَيْنَا أَمْ لَا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ تَرَافَعَا أَحَدُهُمَا فَرَّقْتَ وَإِلَّا فَلَاحَ، أَنْتَهَى. "عَرْنَ بِلَالِيَّةً"). ق ١٦٩/ب.

(٢) أَي: فِي "النَّهْرِ"، وَ((قَالَ)) لَيْسَتْ فِي "ب" وَ"م"، وَنَقَلَ صَاحِبُ "النَّهْرِ" الْكَلَامَ عَنْ "الْحَانِيَّةِ" وَ"النَّهْيَةِ" بِاخْتِصَارٍ. (٣) فِي "م": ((لَأَنَّ هَذِهِ الْأَنْكِحَةَ لَهَا حَكْمُ الْبُطْلَانِ)).

(٤) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ ١/٩٣/ب.

(٥) "فَتَحُ الْمَعِينُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ ٨٦/٢.

(٦) قَاضِيخَان: لَمْ نَعَثَرْ عَلَيْهَا فِي "الْحَانِيَّةِ" وَلَا فِي "شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ".

(٧) "الْقَنِيَّةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ فِي نِكَاحِ الْمُرْتَدَةِ وَالْكَفَّارِ ٣٥/ب.

(٨) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ أَهْلِ الشَّرْكَ ٢٨٦/٣ بِتَصْرِفٍ.

بخلاف إسلاميه؛ لأنَّ الإسلامَ يَعْلُو ولا يُعْلَى (إلاَّ إذا طَلَّقَهَا ثلاثاً وطلَّبت التَّفْرِيقَ فَإِنَّهُ يُفَرِّقُ بينهما) إجماعاً (كما لو خالَعَهَا ثُمَّ أَقامَ معها من غيرِ عَقْدٍ،.....

[١٢٥٧١] (قوله: بخلاف إسلاميه) أي: إسلام أحدهما، جواب عن قولهما بأنَّه يُفَرِّقُ بمرافعة أحد الزوجين كما يُفَرِّقُ بإسلاميه. وبيانُ الجواب على قوله بالتَّفْرِيقِ، وهو أنَّه بإسلام أحدهما ظَهَرَتْ حُرْمَةُ الآخرِ لِتَغْيِيرِ اعتقاده، واعتقادُ المُصَرِّ لا يُعَارِضُ إسلامَ المسلم؛ لأنَّ الإسلامَ يَعْلُو ولا يُعْلَى ^(١) بخلاف مرافعة أحدهما ورضاؤه، فإنه لا يَتَغَيَّرُ به اعتقاد الآخر، "فتح" ^(٢).
[١٢٥٧٢] (قوله: إلاَّ إذا طَلَّقَهَا ثلاثاً إلخ) استثناء من قوله: ((ومرافعة أحدهما لا يُفَرِّقُ))، "ط" ^(٣).

[١٢٥٧٣] (قوله: فإنه يُفَرِّقُ بينهما) لأنَّ هذا التَّفْرِيقَ لا يَتَضَمَّنُ إبطالَ حقِّ على الزوج؛ لأنَّ الطَّلَاقَ الثَّلاثَ قاطعةً لِمَلِكِ النِّكَاحِ في الأديان كُلِّها، "بحر" ^(٤).
قلت: لكنَّ المشهور الآن من اعتقاد أهلِ الذِّمَّةِ أَنَّهُ لا طلاقَ عندهم، ولعلَّه مما غيَّروه من شرائعهم.

[١٢٥٧٤] (قوله: كما لو خالَعَهَا) تشبيه في مُطْلَقِ تَفْرِيقٍ لا بَقِيْدٍ كونه بعد مرافعة؛ لقول "الشَّارَح" بعد: ((فإنَّه في هذه الثَّلاثَةِ يُفَرِّقُ من غيرِ مُرافعةٍ))، "ط" ^(٥).
[١٢٥٧٥] (قوله: من غيرِ عَقْدٍ) وذلك لأنَّ الخُلْعَ طلاقٌ، والذِّمِّيُّ يَعْتَقِدُ كَوْنَ الطَّلَاقِ مُزِيلًا لِلنِّكَاحِ، والوطء بعده حرامٌ في الأديان كُلِّها يُحَدِّثُونَ به، "نهر" ^(٦)، أي: بالوطء بعده، ومحلُّ الحَدِّ إنَّ لم يَعْتَقِدْ شُبْهَةَ الحِلِّ في العِدَّةِ كما نُصِّ عليه في الحدود، ومثُلُ هذا التَّعْلِيلِ يقال في مسألة

(١) في "٣": ((ولا يعلى عليه)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٦/٣.

(٣) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨١/٢. دون لفظة: ((يفرق)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٣/٣.

(٥) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٢/٢.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ١٩٣/ب.

أو تزوّجَ كَتَابِيَّةً فِي عِدَّةٍ مُسْلِمٍ).....

الطَّلَاقِ الثَّلَاثِ الْآتِيَةِ، "ط" (١).

[١٢٥٧٦] (قوله: أو تزوّجَ كَتَابِيَّةً فِي عِدَّةٍ مُسْلِمٍ) وكذا لو تزوّجَ الذَّمِّيُّ مُسْلِمَةً حُرَّةً أو أَمَةً، ففي "الكافي" لـ "الحاكم الشهيد": ((أَنَّهُ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا، وَيُعَاقَبُ إِنْ دَخَلَ بِهَا، [٣/١٤٧ق/١] وَلَا يُلْغُ أَرْبَعِينَ سَوْطًا، وَتُعَزَّرُ الْمَرْأَةُ وَمَنْ زَوَّجَهَا لَهُ، وَإِنْ أَسْلَمَ بَعْدَ النِّكَاحِ لَمْ يُتْرَكْ عَلَى نِكَاحِهِ)).

٣٨٧/١

(تَنْبِيْهٌ)

قال في "النهر" (٢): ((قَبِدَ "المُصَنَّفُ" بِكَوْنِ الْمُتَزَوِّجِ كَافِرًا؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ لَوْ تَزَوَّجَ ذِمِّيَّةً فِي عِدَّةٍ كَافِرٍ ذَكَرَ بَعْضُ الْمُشَايِخِ: أَنَّهُ يَجُوزُ، وَلَا يَبَاحُ لَهُ وَطْئُهَا حَتَّى يَسْتَرِنَهَا عَنْده، وَقَالَا: النِّكَاحُ بَاطِلٌ، كَذَا فِي "الْحَاثِيَةِ" (٣). وَأَقُولُ: وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يُخْتَلَفَ فِي وَجوبِهَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمُسْلِمِ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَقَدُ وَجوبَهَا، أَلَا تَرَى أَنَّ الْقَوْلَ بِعَدَمِ وَجوبِهَا فِي حَقِّ الْكَافِرِ مُقَيَّدٌ بِكَوْنِهِمْ لَا يَدِينُونَهَا وَبِكَوْنِهِ جَائِزًا عَنْدهمْ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ جَائِزًا -بِأَنِّ اعْتَقَدُوا وَجوبَهَا- يُفَرَّقُ إِجْمَاعًا، قَالَ فِي "الْفَتْحِ" (٤): فَيَلْزَمُ فِي الْمُهَاجِرَةِ وَجوبُ الْعِدَّةِ إِنْ كَانُوا يَعْتَقِدُونَهُ؛ لِأَنَّ الْمُضَافَ إِلَى تَبَايُنِ الدَّارِ الْفُرْقَةَ لَا نَفْيُ الْعِدَّةِ)) اهـ.

قلت: قوله: ((ويَنْبَغِي إِيحَاءُ)) قَدْ يُقَالُ فِيهِ: إِنَّهُ مِمَّا لَا يَنْبَغِي؛ لِإِمْرَةٍ (٥) مِنْ أَنَّ الْعِدَّةَ إِنَّمَا تَجِبُ

(قوله: (تَنْبِيْهٌ) قَالَ فِي "النَّهْرِ": قَبِدَ "المُصَنَّفُ" إِيحَاءُ) الْمُنَاسِبُ ذَكَرَ هَذَا التَّنْبِيْهَ عِنْدَ قَوْلِ "المُصَنَّفِ": ((أَسْلَمَ الْمُتَزَوِّجَانِ بِلَا شُهُودٍ، أَوْ فِي عِدَّةٍ كَافِرٍ إِيحَاءُ)).

(قوله: قُلْتُ: ((قوله: وَيَنْبَغِي إِيحَاءُ)) قَدْ يُقَالُ فِيهِ: إِنَّهُ مِمَّا لَا يَنْبَغِي) قَدْ يُقَالُ: إِنَّهَا كَمَا تَثْبُتُ حَقًّا لِلزَّوْجِ تَثْبُتُ حَقًّا لِلشَّرْعِ، وَهَذَا أَمْكَنُ إِثْبَاتِهَا حَقًّا لِلشَّرْعِ بِالنِّسْبَةِ لِمَنْ يَعْتَقِدُهُ.

(١) "ط" - كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٢/٢.

(٢) "النهر" - كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٣/ب بتصرف.

(٣) "الْحَاثِيَةِ" - كتاب النكاح - باب في المهرات ٣٦٦/١ بتصرف (هامش الفتاوى الهندية).

(٤) "الْفَتْحُ" - كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٤/٣.

(٥) المقولة [١٢٥٥٥] قوله: ((عِنْدَ الْإِمَامِ)).

أو تزوّجها قبل زوج آخر وقد طلقها ثلاثاً، فإنه في هذه الثلاثة يُفَرِّقُ من غير مرافعة، "بحر" ^(١) عن "المحيط"،

حقاً للزوج، أي: الذي طلقها، ولا تجبُ له بدون اعتقاده، ولما قدّمناه ^(٢) أيضاً عن "ابن كمال" من اعتبار دين الزوج خاصةً، وكذا ما قدّمناه ^(٣) من ترجيح القول بأنه لا عِدَّةَ من الكافر عند "الإمام" أصلاً، تأمل.

[١٢٥٧٧] (قوله: أو تزوّجها قبل زوج آخر إلخ) مقتضاه أن المسألة الأولى مفروضة فيما إذا طلقها ثلاثاً وأقام معها من غير تجديد عقد آخر حتى تكون مسألة أخرى، وبشكل الفرق بينهما، فإنه إذا توقّف التفريق في الأولى على طلب المرأة يلزم أن يتوقّف هنا على طلبها بالأولى؛ لأنه إذا جدّد عقده عليها قبل زوج آخر حصلت شبهة العقد، فكيف يُفَرِّقُ بينهما بلا طلب أصلاً مع وجود شبهة العقد، ولا يُفَرِّقُ إلا بطلب عند عدم وجود شبهة العقد؟! ولذا - والله أعلم - ذكر في "البحر" ^(٤) عن "الإسبيجاني": ((أنه إذا طلقها ثلاثاً إن أمسكها من غير تجديد النكاح عليها فُرّقَ بينهما وإن لم يترافعا إلى القاضي، وإن جدّد عليها من غير أن تنزّوجَ بآخر فلا تفريق))، ثم قال: ((وهو مخالف لما في "المحيط"؛ لأنه سَوَّى في التفريق بين ما إذا تزوّجها أو لا، حيث لم تنزّوجَ بغيره)) اهـ.

قلت: لكنّه مخالف أيضاً لما قدّمناه ^(٥) عن "الفتح" [٤٧٣/ب] وغيره: ((من أن مثل

(قوله: وبشكل الفرق بينهما إلخ) يندفع الإشكال بأن قوله: ((وطلبت إلخ)) لا يثبت أن هذا أمر لا بد منه بحيث لو عدم لا يُفَرِّقُ بينهما، بل القصد منه مجرد التنبيه على عدم اشتراط مرافعتهما.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٣/٣ بتصرف.

(٢) المقولة [١٢٥٦٣] قوله: ((معتقدين ذلك)).

(٣) المقولة [١٢٥٥٥] قوله: ((عند الإمام)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٤/٣ بتصرف.

(٥) المقولة [١٢٥٦٦] قوله: ((محرمين)).

خلافاً لـ "الزَّيْلَعِيَّ" و"الحاوي" من اشتراطِ المرافعة.....

المَحْرَمِينَ ما لو تَزَوَّجَ مُطْلَقَتَهُ ثَلَاثًا))، إِلَّا أَنْ يُخَصَّ ذَلِكَ بما إذا أَسْلَمَا أو أَحْدَهُمَا، لَكِنَّهُ خِلَافٌ ما في "الزَّيْلَعِيَّ"^(١) حيث قال: ((وعلى هذا الخلافِ المطلقَةُ ثلاثاً والجمعُ بين المحارِمِ والخمسِ^(٢)) اهـ، أي: الخلافُ المارُّ^(٣) بين "الإمام" و"صاحبه" من أَنَّهُ يُفَرِّقُ بِمُرافعتِهِمَا عِنْدَهُ لا بِمُرافعةِ أَحَدِهِمَا، فَلْيَتَأَمَّلْ.

[١٢٥٧٨] (قوله: خلافاً لـ "الزَّيْلَعِيَّ" إلخ) أقول: ما في "الحاوي القدسي"^(٤) ليس فيه مخالفةٌ لما هنا كما يُعْلَمُ من عبارة "الحاوي" التي نقلَها "المصنّف" في "مِنَحِهِ"^(٥)، فراجعها. وأما "الزَّيْلَعِيَّ" ففيه

(قوله: أي: الخلافُ المارُّ بين "الإمام" و"صاحبه" من أَنَّهُ يُفَرِّقُ إلخ) فيه أَنَّ "الزَّيْلَعِيَّ" لَمْ يَسْبِقْ مِنْهُ تَعَرُّضٌ لِلذِّكْرِ هذا الخلافِ في كلامه عِنْدَ شَرْحِ قَوْلِهِ: ((ولو كانت مُحْرَمَةٌ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا))، وَإِنَّمَا حَكَى فِيهِ الخلافَ في أَنْكِحَةِ الْحَارِمِ فَقَالَ: ((هي صحيحةٌ عند "أبي حنيفة" حَتَّى يَتَرْتَبُ عَلَيْهَا وَجُوبُ النَّفَقَةِ، وَأَنَّهُ لَا يَسْقُطُ إِحْصَانُهُ بِالذُّخُولِ بِهَا بَعْدَ الْعَقْدِ، وَقِيلَ: عِنْدَهُ هِيَ فَاسِدَةٌ وَهُوَ قَوْلُهُمَا إِلَّا أَنَا لَا نَتَعَرَّضُ لَهُمْ قَبْلَ الْإِسْلَامِ أو المُرَافعةِ إِعْرَاضاً لا تَقْرِيراً، والصَّحِيحُ الْأَوَّلُ، وعلى هذا الخلافِ المطلقَةُ ثلاثاً، والجمعُ بين المحارِمِ، أو الخمسِ، وفي "النهاية": ((لو تَزَوَّجَ أَحْتَنِيْنِ في عَقْدَةٍ واحدةٍ، ثُمَّ فَارَقَ إِحْدَاهُمَا ثُمَّ أَسْلَمَ أَقْرَأَ عَلَيْهِ، ثُمَّ مُرَافَعَةٌ أَحَدِهِمَا لَا يُفَرِّقُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا يُفَرِّقُ، ثُمَّ ذَكَرَ عِبْرَةَ "الغاية"، فَمُرَادُهُ بقوله: ((وعلى هذا الخلافِ المطلقَةُ ثلاثاً إلخ)) الخلافُ السَّابِقُ في كلامِهِ من الْقَوْلِ بِصَحَّةِ النِّكَاحِ وَفَسَادِهِ على ما سَبَقَ لا الخلافِ الَّذِي ذَكَرَهُ "المُحَشِّي"، وَحِينَئِذٍ يَكُونُ ما في "البحر" عن "الإسبيجاني" - مِنْ أَنَّهُ إِذَا جَدَّدَ على الطَّلَاقِ ثلاثاً بدونَ تَزَوُّجٍ بَآخَرَ فلا تَفْرِيقَ - جَزْئِيٌّ على قَوْلِهِ، وكذا ما في "الفتح" و"النَّهْر"، وما في "البحر" عن "المحيط" على قَوْلِهِمَا، لَكِنْ في نِكَاحِ الْمُطْلَقَةِ ثلاثاً لا يَحْتَاجُ إلى المُرَافعةِ عِنْدَهُمَا بَلْ يَكْفِيهِ عِلْمُ الْقَاضِي، بِمُخْلَافِ نِكَاحِ الْمُحْرَمِ فَإِنَّهُ لَا يَتَعَرَّضُ لَهُمَا قَبْلَ الْإِسْلَامِ أو المُرَافعةِ.

(١) "تبين الحقائق": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ١٧٢/٢.

(٢) عبارة الزيلعي: ((أو الخمس)).

(٣) المقلو [١٢٥٦٩] قوله: ((ومرافعة أحدهما لا يفرق)).

(٤) "الحاوي القدسي": كتاب النكاح - فصل إذا أسلمت المرأة ٧٦/أ.

(٥) "المنع": كتاب النكاح - باب في أحكام نكاح الكافر ١/١٣١.

مُخَالَفَةً، فَإِنَّهُ ذَكَرَ مَا قَدَّمَاهُ^(١) عَنْهُ أَنْفَاءً ثُمَّ قَالَ^(٢): ((وَذَكَرَ فِي "الغاية" مَعْرِضًا إِلَى "الحيط": أَنَّ الْمُطْلَقَةَ ثَلَاثًا لَوْ طَلَبْتَ التَّفْرِيقَ يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ حَقِّ الزَّوْجِ، وَكَذَا فِي الْخُلْعِ وَعِدَّةِ الْمُسْلِمِ لَوْ كَانَتْ كِتَابِيَّةً، وَكَذَا لَوْ تَزَوَّجَهَا قَبْلَ زَوْجٍ آخَرَ فِي الْمُطْلَقَةِ ثَلَاثًا)) اهـ.

ووجهُ المخالفة: أَنَّ قَوْلَهُ: ((وَكذَا فِي الْخُلْعِ إلخ)) يُفِيدُ تَوْقُفَ التَّفْرِيقِ عَلَى الطَّلَبِ فِي الْمَسَائِلِ الثَّلَاثِ كَالْمَسْأَلَةِ الْأُولَى كَمَا هُوَ مُقْتَضَى التَّشْبِيهِ، وَصَرَّحَ بِذَلِكَ فِي "الفتح"^(٣)، حَيْثُ ذَكَرَ عِبَارَةَ "الغاية"، وَقَالَ عَقِبَ قَوْلِهِ: ((وَكذَا فِي الْخُلْعِ)): ((يَعْنِي: اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا الذَّمِّيَّ، ثُمَّ أَمْسَكَهَا فَرَفَعَتْهُ إِلَى الْحَاكِمِ فَإِنَّهُ يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ إِمْسَاكَهَا ظَلَمٌ إلخ))، فَمَا عَرَاهُ فِي "الغاية" إِلَى "الحيط"، وَنَقَلَهُ عَنْهَا "الزَّيْلَعِيُّ" وَصَاحِبُ "الفتح" مَخَالَفَ لِمَا فِي "البحر"^(٤) عَنْ "الحيط" - وَهُوَ الَّذِي مَشَى عَلَيْهِ "المصنّف" - ((مَنْ عَدِمَ تَوْقُفَهُ عَلَى الْمِرَافَعَةِ فِي الْمَسَائِلِ الثَّلَاثِ وَتَوْقُفِهِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى فَقَطْ))، وَذَكَرَ فِي "النَّهْر"^(٥) أَيْضًا عِبَارَةَ "الحيط الرضوي"، وَهِيَ كَمَا مَشَى عَلَيْهِ صَاحِبُ "البحر" وَ"المصنّف"، فَهَذَا هُوَ وَجْهُ الْمَخَالَفَةِ الَّذِي أَرَادَهُ "الشَّارَحُ" وَنَبَّهَ عَلَيْهِ فِي "النَّهْر"^(٦) أَيْضًا، وَقَدْ خَفِيَ عَلَى الْحَشِيَّينَ، فَافْهَمَ.

نعم في كلام "الزَّيْلَعِيِّ" مخالفة من وجهٍ آخر، وَهُوَ أَنَّهُ ذَكَرَ أَوَّلًا: ((أَنَّ الْمُطْلَقَةَ ثَلَاثًا مَثَلُ الْمُحَرَّمِينَ فِي جَرَيَانِ الْخِلَافِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ^(٧) قَرِيبًا))، ثُمَّ ذَكَرَ مَا فِي "الغاية": ((مَنْ أَنَّهُ يُفْرَقُ بَطَّلِيلَهَا إِجْمَاعًا))، وَرَأَيْتُ فِي "كافي الحاكم الشهيد" مَا يُؤَيِّدُ مَا فِي "الغاية"، وَذَلِكَ حَيْثُ قَالَ:

(١) في المقالة السابقة.

(٢) أي: في "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٦/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٦/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٤/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٣/ب.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٣/ب.

(٧) المقالة [١٢٥٧٧] قَوْلُهُ: ((أَوْ تَزَوَّجَهَا قَبْلَ زَوْجٍ آخَرَ إلخ)).

(وإذا أسلم أحد الزوجين المجوسيين، أو امرأة الكتابي عُرِضَ الإسلامُ على الآخر، فإن أسلمَ فيها (ولاً) بأن أبي.....

((وإذا طَلَّقَ الذَّمِيُّ زوجته ثلاثاً ثُمَّ أَقَامَ عليها، فَرَفَعَتْهُ إِلَى السُّلْطَانِ فُرِّقَ بينهما، وكذلك لو كانت اختَلَعَتْ، وإذا تَزَوَّجَ الذَّمِيُّ الذَّمِيَّةَ وهي في عِدَّةٍ مِنْ زَوْجٍ مُسْلِمٍ [٣/٨٤٨ق/ب] قد طَلَّقَهَا أو ماتَ عنها فَإِنِّي أَفْرِقُ بينهما)) اهـ، لكن مُفَادُهُ أَنَّ التَّفْرِيقَ فِي هَذِهِ الْأَخِيرَةِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى مُرَافَعَةٍ وَطَلِبٍ أَصْلًا لَتَعْلُقَ حَقَّ الْمُسْلِمِ، وَمِثْلُهَا مَا قَدَّمْنَاهُ^(١) عَنْ "الكَافِي" أَيْضًا، وَهُوَ مَا لَوْ تَزَوَّجَ الذَّمِيُّ مُسْلِمَةً.

[١٢٥٧٩] (قَوْلُهُ: وَإِذَا أَسْلَمَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إلخ) حَاصِلُ صُورِ إِسْلَامِ أَحَدِهِمَا عَلَى اثْنَيْنِ وَثَلَاثَيْنِ؛ لِأَنَّهُمَا إِمَّا أَنْ يَكُونَا كِتَابِيَّيْنِ، أَوْ مَجُوسِيَّيْنِ، أَوْ الزَّوْجُ كِتَابِيٌّ وَهِيَ مَجُوسِيَّةٌ، أَوْ بِالْعَكْسِ، وَعَلَى كُلِّ فَالْمُسْلِمُ إِمَّا الزَّوْجُ أَوْ الزَّوْجَةُ، وَفِي كُلِّ مِنَ الثَّمَانِيَةِ إِمَّا أَنْ يَكُونَا فِي دَارِنَا، أَوْ فِي دَارِ الْحَرْبِ، أَوْ الزَّوْجُ فَقَطْ فِي دَارِنَا، أَوْ بِالْعَكْسِ، أَفَادَةُ فِي "الْبَحْرِ"^(٢)، وَفِيهِ^(٣) أَيْضًا: ((قَيْدٌ بِالإِسْلَامِ؛ لِأَنَّ النَّصْرَانِيَّةَ إِذَا تَهَوَّدَتْ أَوْ عَكُسَهُ لَا يُلْتَفَتُ إِلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ الْكُفْرَ كُلَّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ، وَكَذَا لَوْ تَمَجَّسَتْ زَوْجَةُ النَّصْرَانِيِّ فَهِيَ عَلَى نِكَاحِهِمَا، كَمَا لَوْ كَانَتْ مَجُوسِيَّةً فِي الْإِبْتِدَاءِ)) اهـ.

٣٨٨/٢

والمُرَادُ بِالْمَجُوسِيِّ: مَنْ لَيْسَ لَهُ كِتَابٌ سَمَاوِيٌّ، فَيَشْمَلُ الْوَسْطِيَّ وَالْدَّهْرِيَّ، وَأَرَادَ "الْمُصَنِّفُ" بِالزَّوْجَيْنِ الْمُجْتَمِعَيْنِ فِي دَارِ الإِسْلَامِ، وَسَيَاتِي^(٤) مَحْزُوزُهُ فِي قَوْلِهِ: ((وَلَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا تَمَّةً إلخ^(٥))).

[١٢٥٨٠] (قَوْلُهُ: أَوْ امْرَأَةُ الْكِتَابِيِّ) أَمَّا إِذَا أَسْلَمَ زَوْجُ الْكِتَابِيَّةِ فَإِنَّ النِّكَاحَ يَبْقَى كَمَا

(١) الْمُقُولَةُ [١٢٥٧٦] قَوْلُهُ: ((أَوْ تَزَوَّجَ كِتَابِيَّةً فِي عِدَّةٍ مُسْلِمًا)).

(٢) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ ٢٢٦/٣.

(٣) أَيْ: فِي "الْبَحْرِ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ ٢٢٦/٣ - ٢٢٧.

(٤) الْمُقُولَةُ [١٢٥٩٩] قَوْلُهُ: ((وَلَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا تَمَّةً)).

(٥) مِنْ ((وَفِيهِ أَيْضًا)) إِلَى ((تَمَّةٌ إلخ)) سَاقَطَ مِنْ "ت".

أَوْ سَكَتَ (فُرِّقَ بَيْنَهُمَا وَلَوْ كَانَ) الزَّوْجُ (صَبِيًّا مُمَيَّرًا) اتَّفَقَا عَلَى الْأَصْحَ (وَالصَّبِيَّةُ كَالصَّبِيِّ) فِيمَا ذُكِرَ، وَالْأَصْلُ: أَنَّ كُلَّ مَنْ صَحَّ مِنْهُ الْإِسْلَامُ إِذَا أَتَى بِهِ صَحَّ مِنْهُ الْإِبَاءُ إِذَا عُرِضَ عَلَيْهِ.

(وَيُنْتَظَرُ عَقْلُ) أَي: تَمَيِّزُ (غَيْرِ الْمُمَيَّرِ).....

يَأْتِي ^(١) مَتْنًا.

[١٢٥٨١] (قَوْلُهُ: أَوْ سَكَتَ) غَيْرَ أَنَّهُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ يُكَرَّرُ عَلَيْهِ الْعَرَضُ ثَلَاثًا احتياطًا،

كَذَا فِي "المبسوط" ^(٢)، "نهر" ^(٣).

[١٢٥٨٢] (قَوْلُهُ: فُرِّقَ بَيْنَهُمَا) ^(٤) وَمَا لَمْ يُفَرِّقِ الْقَاضِي فِيهِ زَوْجَتَهُ، حَتَّى لَوْ مَاتَ الزَّوْجُ

قَبْلَ أَنْ تُسَلِّمَ امْرَأَتُهُ الْكَافِرَةَ وَجَبَ لَهَا الْمَهْرُ، أَي: كَمَالُهُ وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ كَانَ قَائِمًا، وَيَتَقَرَّرُ بِالْمَوْتِ، "فَتْح" ^(٥). وَإِنَّمَا لَمْ يَتَوَارَثَا لِمَانَعِ الْكَفْرِ.

[١٢٥٨٣] (قَوْلُهُ: صَبِيًّا مُمَيَّرًا) أَي: يَعْقِلُ الْأَدْيَانَ؛ لِأَنَّ رِدَّتَهُ مُعْتَبَرَةٌ، فَكَذَا إِبَاؤُهُ، "فَتْح" ^(٦).

قَالَ فِي "أَحْكَامِ الصَّغَارِ" ^(٧): ((وَالْمُعْتَوَةُ كَالصَّبِيِّ الْعَاقِلِ)) اهـ.

[١٢٥٨٤] (قَوْلُهُ: عَلَى الْأَصْحَ) وَقِيلَ: لَا يُعْتَبَرُ إِبَاؤُهُ عِنْدَ "أَبِي يُوسُفَ" كَمَا لَا يُعْتَبَرُ رِدَّتُهُ

عِنْدَهُ، "فَتْح" ^(٨).

[١٢٥٨٥] (قَوْلُهُ: فِيمَا ذُكِرَ) أَي: مِنْ حُكْمِ الْإِسْلَامِ وَالْإِبَاءِ وَالسُّكُوتِ.

(١) "در" ص ٦٣٨-.

(٢) لم نثر عليها في نسخة "المبسوط" التي بين أيدينا.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٤/ب.

(٤) هذه المقولة مؤخرة عن المقولة التي بعدها في "الأصل" و"٣".

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٨/٣ بتوضيح من ابن عابدين رحمه الله تعالى.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٨/٣.

(٧) "جامع أحكام الصغار": في مسائل الفرقة بين الزوجين بالكفر ١١٣/١.

(٨) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٨/٣.

ولو) كان (مجنوناً) لا يُنتظرُ لعدمِ نهيته، بل (يُعرضُ) الإسلامُ (على أبويه) فأُثِمَهما
أُسْلِمَ تَبَعَهُ فَبَقِيَ النِّكَاحُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَبٌ نَصَبَ الْقَاضِي عَنْهُ وَصِيًّا، فَيَقْضِي
عَلَيْهِ بِالْفُرْقَةِ، "بِقَانِي" عَنْ "الْبَهْنَسِيِّ" عَنْ "رَوْضَةِ الْعُلَمَاءِ" لـ "الزَّاهِدِيِّ".....

[١٢٥٨٦] (قوله: ولو كان) أي: الصبيُّ كما تُفِيدُهُ^(١) عبارة "الفتح"^(٢)، وليس بقيد، بل
البالغ مثله.

[١٢٥٨٧] (قوله: لعدم نهيته) بخلاف عدم التمييز، فإنَّ له نهايةً.

[١٢٥٨٨] (قوله: بل يُعرضُ الإسلامُ على أبويه إلخ) قال في "التحرير" و"شرح" ^(٣): ((وإنما
يُعرضُ الإسلامُ على أبيه أو^(٤) أمِّه لصيرورته مسلماً بإسلامِ أحدهما، فإنَّ أُسْلِمَ أحدهما^(٥) أُقِرَّ على
النِّكَاحِ، وإنَّ أُمَّيَ فُرِّقَ بينهما دفعاً للضررِ عن المسلمة، ويصيرُ مُرْتَدًّا تبعاً بارتدادِ أبويه وَلَحَاقَهُمَا
[١٤٨ق/١ب] به، بخلاف ما إذا تَرَكَاهُ في دارِ الإسلامِ، أو بَلَغَ مُسْلِمًا ثُمَّ جُنَّ، أو أُسْلِمَ عَاقِلًا فَجُنَّ
قَبْلَ الْبُلُوغِ فَارْتَدَّا وَلَحَقَا بِهِ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُسْلِمًا بَتَبَعِيَّةِ الدَّارِ عِنْدَ زَوَالِ تَبَعِيَّةِ الْأَبَوَيْنِ أو بِتَقَرُّرِ رَكْنِ
الْإِيمَانِ مِنْهُ، قَالَ "شَمْسُ الْأُمَمَةِ": وليس المرادُ مِنْ عَرَضِ الْإِسْلَامِ عَلَى وَالِدِهِ أَنْ يُعْرَضَ عَلَيْهِ بِطَرِيقِ
الْإِزْهَامِ، بَلْ عَلَى سَبِيلِ الشَّفَقَةِ الْمَعْلُومَةِ مِنَ الْآبَاءِ عَلَى الْأَوْلَادِ عَادَةً، فَلَعَلَّ ذَلِكَ يَحْمِلُهُ عَلَى أَنْ يُسْلِمَ،
أَلَّا تَرَى أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَالِدَانِ جَعَلَ الْقَاضِي لَهُ خَصْمًا وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا؟ فَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْإِبَاءَ
يَسْقُطُ عَتَبَتُهُ هُنَا لِلتَّعَذُّرِ)) اهـ. وهذا ما نقلَهُ عَنْ "الباقاني"، ومثله في "التأخرخانية"^(٦).

وحاصله: أَنَّ فائِدةَ نَصْبِ^(٧) الوصيِّ الحُكْمُ بِالتَّفْرِيقِ بِلَا عَرَضٍ، بَلْ يَسْقُطُ الْعَرَضُ لِلضَّرُورَةِ؛

(١) في "ب": ((يفيده)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٨/٣.

(٣) "التقرير والتحيز": المقالة الثانية - الباب الأول في الأحكام - الفصل الرابع في المحكوم عليه ١٧٣/٢-١٧٤. يتصرف.

(٤) في "الأصل" بالواو بدل ((أو)).

(٥) ((فإن أسلم أحدهما)) ساقط من "الأصل".

(٦) "التأخرخانية": كتاب النكاح - الفصل التاسع في نكاح الكفار ١٨٣/٣.

(٧) في "الأصل": ((تصيب)).

(ولو أسلم الزوجُ وهي مجوسيةٌ فَتَهَوَّدَتْ أو تنصرت بقي نكاحها، كما لو كانت في الابتداء كذلك) لأنها كتابيةٌ مآلاً (والتفريقُ) بينهما (طلاقُ) يُنْقِصُ العددَ (لو أبى لا لو أبت) ^(١).....

لأنه لا يصير مسلماً بتبعية غير الأبوين، وقد عُلِمَ مما ذكرناه أنه لو كان له أمٌ فقط يُعرَضُ الإسلامُ عليها، فإن أبت فرُقَ بينهما؛ لأنه تبع لها وإن لم تكن لها ولايةٌ عليه؛ لأنَّ المناطَ هنا التبعيةُ لا الولايةُ، فقولُ بعض المحشِّين: إنه عند عدم الأب لا يُعرَضُ على الأم بل ينصبُّ له وصياً غير صحيح، نعم لو كان أبواه مجنونين أيضاً ينبغي أن ينصبَّ عنه وصياً.

والحاصل: أنَّ المجنون كالصبيِّ في تبعيته لأبويه إسلاماً وكفراً ما لم يُسلمَ قبل جُنونه.

[١٢٥٨٩] (قوله: وهي مجوسيةٌ إلخ) بخلاف عكسه، وهو ما لو كانت نصرانيةً وقت إسلامه ثم تَمَجَّسَتْ، فإنه تقعُ الفرقةُ بلا عَرْضٍ عليها، "بحر" ^(٢) عن "المحيط". وظاهره وقوعُ الفرقةِ بلا تفريقِ القاضي؛ لأنها صارت كالمتردَّة، تأمل.

[١٢٥٩٠] (قوله: طلاقُ يُنْقِصُ العددَ) أشار إلى أنَّ المراد بالطلاق حقيقةً لا الفسخ، فلو أسلم

ثم تزوجها يملكُ عليها طلقتين فقط عندهما، وقال "أبو يوسف": إنه فسخٌ.

ثم هذا الطلاقُ بائنٌ قبل الدُّخُولِ أو بعده، قال في "النهاية": ((حتى لو أسلم الزوجُ لا يملكُ الرجعةُ))، قال في "البحر" ^(٣): ((وأشار بالطلاقِ إلى وجوبِ العِدَّةِ عليها إن كان دخلَ بها؛

(١) في "د" زيادة: ((هذا أولى من قول "الكنز": وإباء طلاق لا إبأوها، فإنَّ في جعله الإباء طلاقاً نوعٌ مجرَّد، وفي الحقيقة إنما هو سبب فقط كما يُفصِّح عنه قولهم: إنه لما فات الإمساك بالمعروف وَحَبَّ التسريح بالإحسان، فإن طلقَ وإلا ناب القاضي منابتهُ في ذلك فيكون طلاقاً إذا كان نائباً عمن إليه الطلاق، وفي هذا تصريحٌ أنه لو طلقَ وقع ولم يحتج إلى التفريق كما في "النهر"))، ق ١٧٠ أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٨/٣ بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٨/٣ بتصرف.

لأنَّ المرأةَ إنْ كانتْ مسلمةً فقد التزمتْ أحكامَ الإسلام، ومن حُكمِهِ وجوبُ العِدَّةِ، وإنْ كانتْ كافرةً لا تعتقدُ وجوبها فالزَّوجُ مسلمٌ والعِدَّةُ حقُّه، وحقوقنا لا تبطلُ بديانَتِهِمْ، وإلى وجوبِ النَّفَقَةِ في العِدَّةِ إنْ كانتْ هي مسلمةً؛ [١/٤٩٣ق/٣] لأنَّ المنعَ من الاستمتاعِ جاءَ من جِهَتِهِ، بخلافِ ما إذا كانتْ كافرةً وأسلمَ الزَّوجُ؛ لأنَّ المنعَ من جِهَتِها، ولذا لا مهرَ لها إنْ كانَ قبلَ الدُّخولِ)) اهـ. أمَّا لو أسلمتْ وأبى الزَّوجُ فلها نصفُ المهرِ قبلَ الدُّخولِ وكلُّه بعدُ كما في "كافي الحاکم"، ثمَّ قال في "البحر"^(١): ((وأشارَ أيضاً إلى وقوعِ طلاقِها عليها ما دامتْ في العِدَّةِ كما لو وقَّعتِ الفرقةَ بالخُلْعِ أو بالحبِّ أو العَنَةِ، كذا في "المحيط"، وظاهرُهُ أنَّه لا فرقَ في وقوعِ الطَّلَاقِ عليها بينَ أنْ يكونَ هو الآبَيَّ أو هي، وظاهرُ ما في "الفتح"^(٢) أنَّه خاصٌّ بما إذا أسلمتْ وأبى هو، والظاهرُ الأوَّلُ)) اهـ.

أقول: ما في "الفتح" صريحٌ في الأوَّلِ حيث قال: ((إذا أسلمَ أحدُ الزَّوجينِ الذَّميَّينِ وُفِّرَ بينهما بإبائه الآخرَ فإنَّه يقعُ عليها طلاقُهُ وإنْ كانتْ هي الآيةُ، مع أنَّ الفرقةَ فسخٌ، وبه يَنْتَقِضُ ما قيل: إذا أسلمَ أحدُ الزَّوجينِ لم يَقَعْ عليها طلاقُهُ)) اهـ.

نعم ظاهرُ ما في "المحيط" يفيدُ أنَّه خاصٌّ بما إذا كانَ هو الآبَيَّ، وهو قولُهُ: ((كما لو وقَّعتِ الفرقةَ بالخُلْعِ إلخ))؛ لأنَّها فرقةٌ من جانبِهِ فتكونُ طلاقاً، ومُعتدَّةُ الطَّلَاقِ يَقَعُ عليها الطَّلَاقُ، أمَّا لو كانتْ هي الآيةُ تكونُ الفرقةُ فسخاً، والفسخُ رَفْعٌ للعَقْدِ، فلا يَقَعُ الطَّلَاقُ في عِدَّتِهِ، نعم في "البحر"^(٣) أوَّلُ كتابِ الطَّلَاقِ: ((أنَّه لا يَقَعُ في عِدَّةِ الفسخِ إلَّا في ارتدادِ أحدهما وتفرُّقِ

(قوله: نعم ظاهرُ ما في "المحيط" يفيدُ أنَّه خاصٌّ بما إذا كانَ هو الآبَيَّ إلخ) قد يقال: إنَّ إطلاقَ "المحيط" وقوعَ الطَّلَاقِ عليها ما دامتْ في العِدَّةِ يفيدُ الإطلاقَ هو الظَّاهرُ، كما قاله في "البحر"، ومُجرَّدُ التشبيهِ المذكورِ لا يفيدُ أنَّ الوُقُوعَ خاصٌّ بما إذا أبى ولم يُوجَدْ ما يدلُّ على عِدَمِهِ إذا أبَتْ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٨/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٨٨/٣.

(٣) "البحر": ٢٥٥/٣ يتصرف.

لأنَّ الطَّلَاق لا يكونُ من النَّساءِ.

(وإِباءُ المُمَيِّزِ وأحدِ أبوي المَجْنُونِ.....)

القاضي يَبَاءُ أحدهما عن الإسلام))، وفي "البرازية"^(١): ((وإذا أسلم أحد الزوجين لا يقع على الآخر طلاقه))، لكن قال "الخير الرَّمْلِي": ((إنَّ هذا في طلاق أهل الحرب))، أي: فيما لو هاجر أحدهما إلينا مُسلمًا؛ لأنَّه لا عِدَّةَ عليها.

قلت: إنَّ هذا الحمل ممكنٌ في عبارة "البرازية" دُونَ عبارة طلاق "البحر"، فليُتأمل، وسيأتي^(٢) تمام الكلام على ذلك آخرَ باب الكنايات.

[١٢٥٩١] (قوله: لأنَّ الطَّلَاق لا يكونُ من النَّساءِ) بل الذي يكونُ من المرأة عند القدرة على الفرقة شرعاً هو الفسخ، فيُنوبُ القاضي مَنَابِها فيما تَمَلِّكُ.

[١٢٥٩٢] (قوله: وإِباءُ المُمَيِّزِ أي: تفريقُ القاضي بسبب الإباء، وإلاَّ فالإِباءُ ليس بطلاق، "ح"^(٣)).

[١٢٥٩٣] (قوله: وأحدِ أبوي المَجْنُونِ أي: إذا لم يُوجدْ إلاَّ أحدهما أباً أو أمًّا، أمَّا لو وُجدَا فلا بدَّ من إِبَاءِ كُلِّ منهما؛ لأنَّه لو أسلم أحدهما تَبِعَهُ كما مرَّ^(٤)).

(قوله: بل الذي يكونُ من المرأة عند القدرة إلخ) هكذا عَزَا "السَّنْدِي" هذه العبارة لـ "المنح"، ثم قال: ((وهو يُشعرُ بأنَّ لها التفريقَ على أَنَّهُ فسخٌ وليس كذلك، بل لا يقعُ إلاَّ بقضاءِ القاضي)) اهـ. وقد يقال: إنَّ المرأة بكونه للمرأة أنَّ لها ولَايَتَهُ إلاَّ أَنَّها لَمَّا لم يكن لها ولَايَةٌ على زوجها في إلزامه به نائبُ القاضي مَنَابِها.

(١) "البرازية": كتاب الطلاق - نوع في محله ١٧٣/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) المفردة [١٣٥٤٩] قوله: ((كإسلام)).

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٧٠/١.

(٤) "در" ص ٦٣٦-.

طلاق) في الأصح، وهو من أغرب المسائل، حيث يقع الطلاق من صغير ومجنون، "زيلعي"^(١). وفيه نظر^(٢)؛ إذ الطلاق من القاضي، وهو عليهما لا منهما، فليسا بأهل للإيقاع بل للوقوع،.....

[١٢٥٩٤] (قوله: طلاق في الأصح) يشير إلى أنه في غير الأصح يكون فسخاً، "أبو

السعود"^(٣).

مطلب: الصبي والمجنون ليسا بأهل لإيقاع الطلاق بل للوقوع

[١٢٥٩٥] (قوله: فليسا بأهل للإيقاع) [١٤٩ق/٣هـ/أ]: إيقاع الطلاق منهما، بل هما أهل

للولوع، أي: حكم الشرع بوقوعه عليهما عند وجود موجب، وفي "شرح التحرير"^(٤): ((قال صاحب "الكشف"^(٥) وغيره: المراد من عدم شرعية الطلاق أو العتاق في حق الصغير عدمها

(قوله: وفي "شرح التحرير" قال صاحب "الكشف" وغيره: المراد من عدم شرعية الطلاق إلخ) قد يقال: عبارته لا تفيد أن الوقوع منهما بل مشروعية الطلاق في حقهما عند الحاجة، وهذا أمر لا نزاع فيه، وعبارة "السرخسي" إنما أفادت ملك الطلاق بملك النكاح، وأنه إذا تحققت الحاجة إلخ، وليس فيها أن الإيقاع يكون منه أو من القاضي بل غاية ما تفيد وجود الحاجة للإيقاع من جهته، وكون الإيقاع الذي يحصل بعد الحاجة منه أو غيره أمر آخر لا دلالة في الكلام عليه، تأمل.

(١) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ١٧٥/٢ بتصرف يسير.

(٢) في "د" زيادة: ((قال أبو السعود: نظر فيه شيخنا لتصريحهم بأنه إنما كان إياؤه طلاقاً؛ لأنه لما فات الإمساك بال معروف وجب التسريح بالإحسان، فإن فعل وإلا ناب القاضي منابه، فكان تفريق القاضي بإبائه بطريق النيابة عن المميز وأحد أبوي المجنون، وفعل النائب منسوب للمنوب عنه لا محالة، فكان الطلاق واقعاً منهما حكماً، انتهى. قال بعض المحشين: وفيه أن القاضي حاكم لا نائب.

قلت: كيف هذا مع تصريحهم بأنه نائب كـ "الهداية" وغيرها، كما مر)). ق ١٧٠/أ.

(٣) "فتح المعين": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٨/٢ بتصرف.

(٤) "التقرير والتحجير": المقالة الثانية - الباب الأول - الفصل الرابع: المحكوم عليه ١٧١/٢ بتصرف.

(٥) "كشف الأسرار": باب أهلية الأداء ٤٢٣/٤-٤٢٤ بتصرف.

كما لو ورثَ قريته، ولو قال: إن جُنِنتُ فأنتِ طالقٌ، فحُجِّنْ لم يقع بخلاف
إن دخلت الدار فدخلها مجنوناً.....

عند عدم الحاجة، فأما عند تحققها فمشروع، قال شمس الأئمة "السرخسي"^(١): زعم بعض مشايخنا أن هذا الحكم غير مشروع أصلاً في حق الصبي، حتى إن امرأته لا تكون محلاً للطلاق، وهذا وهم عندي، فإن الطلاق يملكه الملك النكاح؛ إذ لا ضرر في إثبات أصل الملك، بل الضرر في الإيقاع، حتى إذا تحققت الحاجة إلى صحة إيقاع الطلاق من جهته لدفع الضرر كان صحيحاً، فإذا أسلمت زوجته وأبى فرّق بينهما، وكان طلاقاً عند "أبي حنيفة" و"محمد"، وإذا ارتدّ - والعياذ بالله تعالى - وقعت البينة، وكان طلاقاً في قول "محمد"، وإذا وجدته محبوباً فخاصته فرّق بينهما، وكان طلاقاً عند بعض المشايخ)) اهـ.

قلت: وحاصله أنه كالبالغ في وقوع الطلاق منه بهذه الأسباب، إلا أنه لا يصح إيقاعه منه ابتداءً للضرر عليه، ومثله المجنون، وبه ظهر أنه لا حاجة إلى أنه إيقاع من القاضي؛ لأن تفريق القاضي هنا كتفريقه بإبائه البالغ عن الإسلام، وهو طلاق منه بطريق النيابة، فكذا في الصبي والمجنون، لكن لما كان المشهور أنه لا يقع طلاقهما - أي: ابتداءً - وكان وقوعه منهما بعرض غريباً، قال "الزليعي"^(٢) وغيره: ((إنه من أغرب المسائل))، فافهم.

(١٢٥٩٦) (قوله: كما لو ورثَ قريته) أي: الرّجيم المحرم منه، كأن ورث أباه المملوك لأخيه من أم مثلاً، فإنه يعتق عليه، وكما لو تزوّج مملوكة أبيه فورئها منه انفسخ النكاح.

(١٢٥٩٧) (قوله: لم يقع) لأنه علّقَه على ما يُنافي وقوعه منه، فإن الجزاء - وهو: أنتِ

(قول "الشّارح": ولو قال: إن جُنِنتُ فأنتِ طالقٌ، فحُجِّنْ لم يقع إلخ) ذكرها "الزليعي" في باب نكاح

(١) "أصول السرخسي": باب أهلية الآدمي لوجوب الحقوق له وعليه - فصل في بيان أهلية الأداء ٣٤٨/٢ بتصرف.

(٢) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ١٧٥/٢.

وقع

طالق - لا ينعقد سبباً للطلاق إلا عند وجود الشرط، فلا بد من كون الشرط صالحاً له، فهو كقولهِ: إن ميتاً فانت طالق، كذا ظهر لي.

[١٢٥٩٨] (قوله: وَقَعَ لِمَا صَرَّحُوا بِهِ مِنْ أَنَّ الْأَهْلِيَّةَ إِنَّمَا تُعْتَبَرُ وَقْتُ التَّعْلِيْقِ لَا وَقْتُ وَجُودِ الشَّرْطِ، وَلَيْسَ الشَّرْطُ هُنَا - وَهُوَ دُخُولُ الدَّارِ - مُنَافِئاً لَانْعِقَادِ الْجِزَاءِ سَبَباً لِلطَّلَاقِ بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى.

والحاصل: أنه لا بد [٣/١٥٠ق] في صحة التعليق من وجود الأهلية وقته، وعدم منافاة الشرط المعلق عليه للجزاء المعلق، وهنا وجد كل منهما بخلاف الأولى، فإنه وجدت^(١) فيها الأهلية وقت التعليق، وفقد الآخر وهو عدم المنافاة، هذا ما ظهر لي.

الرفيق؛ حيث قال: ((إذا قال لامراتيه: إن جئنت فانت طالق لا يقع الطلاق إذا جئ؛ لأن عند تحقق الشرط انتفتت الأهلية، بخلاف ما إذا قال: إن دخلت الدار فانت طالق فدخلتها وهو محنوت حيث تطلق؛ لأن التعليق صحيح لكون الشرط لا ينافي الطلاق)) اهـ، تأمل. وذكر أيضاً في طلاق المريض: ((أن المعلق بالشرط كالتنجز عنده حكماً لا قصداً، ولهذا لو وجد الشرط وهو محنوت يقع، ولو كان قصداً لم يقع لعدم القصد)) اهـ. ثم رأيت في باب التدبير من "الزليعي": ((أن وجه وقوع الطلاق فيما إذا وجد الشرط وهو محنوت أنه أهل للتصرف في الجملة، ألا ترى أنه يعتق عليه قريبه بالملك، ويمكن وجود الشرط وهو أهل فأمكن اعتباره حكماً)) اهـ. وقال في "غاية البيان": ((الجنون لا يبطل الأهلية من كل وجه، ألا ترى أنه أهل للملك وزواله، ولهذا صح ترويع الولي عليه، وتبين امرأته بارتداد أبويه، وكذا إذا باشر أسباب المصاهرة تثبت، بخلاف الميت فإن أهليته تبطل)) اهـ. وذكر في "الفتح" في باب اليمين في العتق: ((أنه لما كانت العلة قبل وجود الشرط بعرضية أن تصير علة اعتبر الشرع لها حكم العلة حتى اعتبرت الأهلية عندها اتفاقاً، فلو كان محنوتاً عند وجود الشرط وقع الطلاق والعتاق)).

(١) من ((كل منهما)) إلى ((وجدت)) ساقط من "الأصل".

((ولو أسلم أحدهما) أي: أحد المجوسيين أو امرأة الكتابي (ثمة) أي: في دار الحرب وملحق بها كالبحر الملح.....

[١٢٥٩٩] (قوله: ولو أسلم أحدهما ثمة) هذا مقابل قوله فيما مر^(١): ((وإذا أسلم أحد الزوجين المجوسيين أو امرأة الكتابي إلخ))، فإنه مفروض فيما إذا اجتمع في دار الإسلام كما قدّمناه^(٢)، ولذا قال في "البحر"^(٣) هنا: ((أطلق في إسلام أحدهما في دار الحرب، فشمل ما إذا كان الآخر في دار الإسلام أو في دار الحرب، أقام الآخر فيها أو خرج إلى دار الإسلام، فحاصلُهُ أنه ما لم يجتمعا في دار الإسلام فإنه لا يعرض الإسلام على المصير سواء خرج المسلم أو الآخر؛ لأنه لا يقضى لغائب ولا على غائب، كذا في "الحيط") اهـ.

[١٢٦٠٠] (قوله: كالبحر الملح) قال في "النهر"^(٤): ((وينبغي أن يكون ما ليس بدار حرب ولا إسلام ملحقاً بدار الحرب كالبحر الملح^(٥)؛ لأنه لا قهر لأحدٍ عليه، فإذا أسلم أحدهما وهو راكمه توقفت البيئونة على مضي ثلاث حيض أخذاً من تعليلهم بتعذر العرض لعدم الولاية)) اهـ. وهل حكم البحر الملح في غير هذه حكم دار الحرب، حتى لو خرج إليه النمس صار حربياً وانتقض عهده، وإذا خرج إليه الحربي وعاد قبل الوصول إلى داره ينقض أمانه ويعشر ما معه؟ يُحرّر، "ط"^(٦).

(قوله: يُنقض أمانه ويعشر ما معه، يُحرّر الظاهر لا فيهما.

(١) "در" صـ ٦٢٧..

(٢) المقولة [١٢٥٧٩] قوله: ((وإذا أسلم أحد الزوجين إلخ)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٨/٣.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ١/١٩٤ ب.

(٥) ((الملح)) ليست في "النهر".

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٣/٢.

(لم تَبَيَّنْ حَتَّى تَحِيضَ ثَلَاثًا) أَوْ تَمْضِي ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ (قبل إسلام الآخر) إقامة لشرط
الفرقة مُقَامَ السَّبَبِ،.....

[١٢٦٠١] (قوله: لم تَبَيَّنْ حَتَّى تَحِيضَ إلخ) أفادَ بتوقفِ البيئونةِ على الحيضِ أَنَّ الآخرَ لو أسلمَ
قبلَ انقضاءِها فلا بيئونةَ، "بحر"^(١).

[١٢٦٠٢] (قوله: أَوْ تَمْضِي ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ) أي: إِنْ كَانَتْ لَا تَحِيضُ لِصَغَرٍ أَوْ كِبَرٍ كَمَا فِي
"البحر"^(٢)، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا فَحَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا، "ح"^(٣) عن "القَهْستاني"^(٤).

[١٢٦٠٣] (قوله: إقامة لشرط الفرقة) وهو مُضِيُّ هَذِهِ الْمُدَّةِ ((مُقَامَ السَّبَبِ)) وَهُوَ الْإِبَاءُ؛
لأنَّ الْإِبَاءَ^(٥) لَا يُعْرَفُ إِلَّا بِالْعَرَضِ، وَقَدْ عُذِمَ الْعَرَضُ لَانْعِدَامِ الْوَلَايَةِ، وَمَسَّتِ الْحَاجَةُ إِلَى
التَّفْرِيقِ؛ لِأَنَّ الْمُشْرَكَ لَا يَصْلُحُ لِلْمُسْلِمِ، وَإِقَامَةُ الشَّرْطِ عِنْدَ تَعَدُّرِ الْعِلَّةِ جَائِزٌ، فَإِذَا مَضَتْ هَذِهِ
الْمُدَّةُ صَارَ مُضِيَّهَا بِمَنْزِلَةِ تَفْرِيقِ الْقَاضِي، وَتَكُونُ فُرْقَةً بِطَلَاقٍ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِمَا، وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ

(قوله: وهو مُضِيُّ هَذِهِ الْمُدَّةِ إلخ) مُضِيُّ الْمُدَّةِ إِنَّمَا هُوَ شَرْطُ فِي الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ، فَإِذَا لَمْ تَمُضِ
فَلَا فُرْقَةٌ، وَأَمَّا فِي الْبَائِنِ فَتَحَقُّقُ الْفُرْقَةِ مُجَرَّدُ إِقْبَاعِهِ وَلَوْ فِي الْعِدَّةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُبَانَةِ إِلَّا بِعَقْدٍ
جَدِيدٍ أَوْ "سِنْدِي"، لَكِنْ قَدْ يُقَالُ: ((إِنَّ الْعِدَّةَ لَمَّا كَانَتْ قَائِمَةً وَهِيَ مِنْ آثَارِ النِّكَاحِ لَا تَسِمُ الْفُرْقَةَ
إِلَّا بِمُضِيَّهَا.

(قوله: مُقَامَ السَّبَبِ وَهُوَ الْإِبَاءُ إلخ) الْأَنْسَبُ: وَهُوَ التَّفْرِيقُ، كَمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ: ((بِمَنْزِلَةِ تَفْرِيقِ
الْقَاضِي)).

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٨/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٨/٣.

(٣) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٧٠/ب.

(٤) "جامع الرموز": كتاب النكاح - باب نكاح الفتن ٢٩٦/١.

(٥) ((لأن الإباء)) ساقط من "الأصل".

وليست بعدةٍ لدخولٍ غير المدخول بها (ولو أسلمَ زَوْجُ الكُتَابِيَّةِ) ولو مَالاً كما مرَّ...

"أبي يوسف" بغير طلاق؛ لأنها بسبب الإياء حكماً وتقديراً، "بدائع"^(١). وبحَثِّ في "البحر"^(٢): ((أَنَّهُ يَنْبَغِي [٣/١٥٠ ب] أَنْ يُقَالَ: إِنْ كَانَ الْمُسْلِمُ هُوَ الْمَرْأَةَ تَكُونُ فُرْقَةً بِطُلَاقٍ؛ لِأَنَّ الْآبِيَّ هُوَ الزَّوْجُ حَكْماً، وَالتَّفْرِيقُ بِإِبَائِهِ طُلَاقٌ عِنْدَهُمَا، فَكَذَا مَا قَامَ مَقَامَهُ، وَإِنْ كَانَ الْمُسْلِمُ الزَّوْجَ فَهِيَ فَسْخٌ)).

٣٩٠/٢

[١٢٦٠٤] (قَوْلُهُ: وَلَيْسَتْ بِعِدَّةٍ أَي: لَيْسَتْ هَذِهِ الْمُدَّةُ عِدَّةً؛ لِأَنَّ غَيْرَ الْمَدْخُولِ بِهَا دَاخِلَةٌ تَحْتَ هَذَا الْحُكْمِ، وَلَوْ كَانَتْ عِدَّةً لَاحْتَصَصَ ذَلِكَ بِالْمَدْخُولِ بِهَا، وَهَلْ تَجِبُ الْعِدَّةُ بَعْدَ مُضِيِّ هَذِهِ الْمُدَّةِ؟ فَإِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ حُرِّيَّةً فَلَا؛ لِأَنَّهُ لَا عِدَّةَ عَلَى الْحُرِّيَّةِ، وَإِنْ كَانَتْ هِيَ الْمُسْلِمَةُ فَحَرَجَتْ إِلَيْنَا فَتَمَّتِ الْحَيْضُ هُنَا فَكَذَلِكَ عِنْدَ "أَبِي حَنِيفَةَ" خِلَافاً لَهَا؛ لِأَنَّ الْمُهَاجِرَةَ لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا عِنْدَهُ خِلَافاً لَهَا كَمَا سَيَأْتِي^(٣)، "بدائع"^(٤) و"هداية"^(٥). وَجَزَمَ "الطَّحَاوِيُّ" بِوُجُوبِهَا، قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٦): ((وَيَنْبَغِي حَمْلُهُ عَلَى اخْتِيَارِ قَوْلِهِمَا)).

[١٢٦٠٥] (قَوْلُهُ: وَلَوْ أَسْلَمَ زَوْجُ الْكُتَابِيَّةِ) هَذَا مُحْتَزُّ قَوْلِهِ فِيْمَا مَرَّ: ((أَوْ امْرَأَةُ الْكُتَابِيِّ)).

[١٢٦٠٦] (قَوْلُهُ: كَمَا مَرَّ^(٧)) أَي: فِي قَوْلِهِ: ((كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي الْإِبْتِدَاءِ كَذَلِكَ))، وَأَشَارَ إِلَى أَنَّ الَّذِي صَرَّحَ بِهِ فِيْمَا مَرَّ^(٨) يُمْكِنُ انْفِهَامُهُ^(٩) مِنْ هُنَا، بِأَنْ يُرَادَ بِالْكُتَابِيَّةِ الْكُتَابِيَّةُ حَالاً أَوْ مَالاً.

(١) "البدائع": كتاب النكاح - فصل في بيان ما يرفع النكاح ٣٣٨/٢.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٨/٣.

(٣) المقولة [١٢٦٢٢] قَوْلُهُ: ((وَمَنْ هَاجَرَتْ إِلَيْنَا (الْحُرَّ)).

(٤) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: في بيان ما يرفع أحكام النكاح ٣٣٦/٢-٣٣٧.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٢٠/١-٢٢١.

(٦) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٨/٣.

(٧) "در" ص ٦٣٠-.

(٨) "در" ص ٦٣٠-.

(٩) قال في "القاموس" مادة ((فهم)): ((وأنفهم: لحنَّ)).

(فهى له).

(و) المرأة (تَبَيَّنُ بَتَائِنِ الدَّارَيْنِ) حقيقةً وحكماً (لا) بد(السَّيِّ) ^(١)، فلو خَرَجَ أحدهما (إلينا مسلماً) أو ذمياً، أو أسلم، أو صارَ ذا ذمَّةٍ في دارنا.....

[١٢٦٠٧] (قوله: فهي له) لأنه يجوز له التَّزُوجُ بها ابتداءً، فالبقاء أولى؛ لأنه أسهلُ،

"نهر" ^(٢).

[١٢٦٠٨] (قوله: حقيقةً وحكماً) المرادُ بالتَّابِئِ حقيقةُ تباعدهما شخصاً، وبالحكم أن لا يكون في الدَّارِ التي دخلها على سبيل الرجوع، بل على سبيل القرار والسكنى، حتَّى لو دخلَ الحربي دارنا بأمان لم تَبِنْ زوجته؛ لأنه في دارِهِ حكماً إلا إذا قَبِلَ الذِّمَّةُ، "نهر" ^(٣).

[١٢٦٠٩] (قوله: لا بالسَّيِّ) تنصيصٌ على خلافِ "الشَّافِعِي"، فإنه عكسٌ وجعلَ سببَ الفُرقةِ السَّيِّ لا التَّابِئِ، فنفَّرَعَ أربعَ صورٍ: وفاقِئان وخلاقيَّان ^(٤)، فقوله: ((فلو خَرَجَ أحدهما إلخ)) وقوله: ((وإن سبياً إلخ)) خلاقيَّان، وقوله: ((أو أُخْرِجَ مَسِيئاً)) وقوله: ((أو خَرَجَا إلينا إلخ)) وفاقِئان.

[١٢٦١٠] (قوله: فلو خَرَجَ أحدهما إلخ) هذه خلاقيَّةٌ لوجودِ التَّابِئِ دونِ السَّيِّ، قال في

"البدائع" ^(٥): ((ثم إن كان الزَّوجُ هو الذي خَرَجَ فلا عِدَّةَ عليها بلا خلافٍ؛ لأنها حريَّةٌ، وإن كانت هي فكذلك عنده خلافاً لهما)) اهـ.

وفي "الفتح" ^(٦): ((لو كان الخارجُ هو الرَّجُلُ يَجِلُّ له عندنا التَّزُوجُ بأربعٍ في الحالِ،

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ولا بالسَّيِّ إلخ؛ لأنه يوجب ملك الرقبة، وهو لا ينافي النكاح ابتداءً، ولذا لو زَوَّجَ أمته جاز فكذا انتهاءً. ولهذا لو كانت المسيية منكوبة مسلم أو ذمي لا يطل النكاح، كذا في "العناية"، "نهر"). ق. ١٧٠/ب.

(٢) "النهر"؛ كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق. ١٩٤/ب.

(٣) "النهر"؛ كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق. ١٩٤/ب، وفيه: ((الذمية)) بدل ((الذمة)).

(٤) في "د" زيادة: ((ثنتان وفاقِئتان، وثنتان خلاقيَّتان)). ق. ١٧٠/ب.

(٥) "البدائع"؛ كتاب النكاح - فصل في بيان ما يرفع حكم النكاح ٣٣٩/٢.

(٦) "الفتح"؛ كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٩٢/٣.

(أو أُخْرِجَ مَسِيًّا) وأُدْخِلَ فِي دَارِنَا (بَانَتْ) بَتَائِنِ الدَّارِ؛ إِذْ أَهْلُ الْحَرْبِ كَالْمَوْتَى، وَلَا نِكَاحَ بَيْنَ حَيٍّ وَمَيِّتٍ.

(وإِنْ سُبِيَا) أَوْ خَرَجَا إِلَيْنَا (مَعًا) ذَمِّيَّيْنِ أَوْ مُسْلِمَيْنِ، أَوْ ثُمَّ أَسْلَمَا أَوْ صَارَا ذَمِّيَّيْنِ (لَا) تَبَيَّنَ لَعْدَمِ التَّبَائِنِ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ الْمَسْبُوتَةُ مَنْكُوحَةً مُسْلِمًا أَوْ ذَمِّيًّا لَمْ تَبَيَّنْ،.....

وبأخت امرأته التي [٣/١٥١ق/١] في دار الحرب إذا كانت في دار الإسلام)).

[١٢٦١١] (قوله: أو أُخْرِجَ) هذه وفاقية لوجود التباين والسبي.

[١٢٦١٢] (قوله: وأُدْخِلَ فِي دَارِنَا) أفاد أنه لا يتحقق التباين بمجرد السبي، بل لا بد من

الإحراز في دارنا كما في "البدائع" (١).

[١٢٦١٣] (قوله: كالموتى) ولهذا لو التحق بهم المرتد يُجرى عليه أحكام الموتى، "ط" (٢).

[١٢٦١٤] (قوله: وإن سُبِيَا) هذه خلافية، والتي بعدها وفاقية لعدم السبي فيها.

[١٢٦١٥] (قوله: أو ثُمَّ أَسْلَمَا) عبارة "البحر" (٣): ((أو مُسْتَأْمِنَيْنِ ثُمَّ أَسْلَمَا إلخ)) ف((أو))

هنا عاطفة لحال مخدوفة على الحال السابقة، وهي قوله: ((ذَمِّيَّيْنِ (٤))), و((ثُمَّ)) عاطفة لـ ((أَسْلَمَا)) على تلك الحال المخدوفة.

[١٢٦١٦] (قوله: حَتَّى لَوْ كَانَتْ إلخ) تفريع على اشتراط تبائن الدارين حقيقة وحكما.

[١٢٦١٧] (قوله: لَمْ تَبَيَّنْ) لأن الدار وإن اختلفت حقيقة لكنها متحدة حكما؛ لأن فرض

(قوله: لأن الدار وإن اختلفت حقيقة لكنها متحدة حكما إلخ) لكن الاتحاد الحكمي غير ظاهر

(١) "البدائع": كتاب النكاح - فصل في بيان ما يرفع حكم النكاح ٣٣٩/٢.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٤/٢.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٩/٣.

(٤) في "د" زيادة: ((أو مسلمين)). ق ١٧٠/ب.

ولو نكحها ثمة ثم خرج قبلها بانء، وإن خرجت قبله لا، وما في "الفتح"
عن "المحيط" تحريف، "نهر".....

المسألة فيما إذا نكحها مسلم أو ذمي ثمة ثم سببت، ولا يمكن فرضها فيما لو نكحها هنا؛ لأنه لا يصح؛ لأنَّ تبائن الدارين يمنع بقاء النكاح، فيمنع ابتداءه بالأولى كما قاله "الرحماني"، ولو نكحها وهي هنا بأمان صارت ذمية؛ لأنَّ المرأة تبع لزوجها في المقام كما في "الفتح"^(١) من باب المستأمن، فافهم.

[١٢٦١٨] (قوله: ولو نكحها) أي: المسلم أو الذمي.

[١٢٦١٩] (قوله: بانء) لتباين الدارين حقيقة وحكماً، "ط"^(٢).

[١٢٦٢٠] (قوله: وإن خرجت قبله لا) أي: لا تبين؛ لأنَّ الزوج من أهل دار الإسلام، فإذا خرجت قبله صارت ذمية لا تمكن من العود؛ لأنها تبع لزوجها في المقام كما علمت، فافهم.

[١٢٦٢١] (قوله: وما في "الفتح" إلخ) قال في "النهر"^(٣): ((وفي "المحيط": مسلم تزوج حرة

في دار الحرب، فخرج بها رجل إلى دار الإسلام بانء من زوجها بالتباين، فلو خرجت بنفسها

في الذمي إذا نكحها ثمة ثم سببت؛ وذلك أنَّ الذمي إذا رجع إلى دار الحرب انتقض عهده وصار من أهل الحرب، فإذا سببت امرأته وجد تحقق التباين حقيقة وحكماً، ومسألة "الشارح" نقلها في "النهر" عن "العناية" حيث قال عند قول "الكثر": ((لا المني؛ لأنه يوجب ملك الرقية، وهو لا ينافي ملك النكاح ابتداءً، ولذا لو زوج أمته حاز، فكذا بقاء، ولهذا لو كانت المسيئة منكوحة مسلم أو ذمي لا يبطل النكاح، كذا في "العناية"))
أهـ. وتصور هذه المسألة بما إذا دخل الذمي دار الحرب لا على وجه اللحاق بهم، بل دخلها للتجارة بأمان منهم مع أمن عوده، فإنه لا يمنع من ذلك، كما يأتي في باب المستأمن، ويكون بعد دخولها من أهل دارنا حكماً، فإذا تزوج ثمة وسببت زوجها لا تبين.

(١) "الفتح": كتاب السير - باب المستأمن ٢٧٢/٥.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٤/٢.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٤/ب - ق ١٩٥/أ.

قبل زوجها لم تبين؛ لأنها صارت من أهل دارنا بالتزامها أحكام المسلمين؛ إذ لا تُمكن من العود والزواج من أهل دار الإسلام، فلا تبأين. قال في "الفتح"^(١) بعد نقله - يريد: في الصورة الأولى -: إذا أخرجها الرجل قهراً حتى ملكها؛ لتحقيق التباين بينها وبين زوجها حينئذ حقيقةً وحكماً، أمّا حقيقةً فظاهر، وأمّا حكماً فلأنها في دار الحرب حكماً وزوجها في دار الإسلام، قال في [٣/١٥١ق/ب] "الحواشي السعدية"^(٢): وفي قوله: وأمّا حكماً^(٣) إلخ بحث اهـ. ولعل وجهه ما مر^(٤) من أن معنى الحكم أن لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل على سبيل القرار، وهي هنا كذلك؛ إذ لا تُمكن من الرجوع، ثم راجعت "الحيط الرضوي" فإذا الذي فيه^(٥): مسلم تزوج حريّةً كتابيّةً في دار الحرب، فخرج عنها الزوج وحده بانته، ولو خرجت المرأة قبل الزوج لم تبين، وعلله بما مر، وهذا لا غبار عليه. والظاهر أن ما وقع في نسخة صاحب "الفتح" تحريف، والصواب ما أسمعته ((اهـ "ح"^(٦)).

قلت: وما نقله في "النهر" عن "الحيط" ذكر مثله في "كافي الحاكم الشهيد"، فالصواب في المسألة الأولى التي نقلها في "الفتح" عن "الحيط" أنها لا تبين لاختلاف الدار حقيقةً لا حكماً.

(١) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٩٢/٣.

(٢) "الحواشي السعدية": ٢٩٣/٣ (هامش "فتح القدير").

(٣) في "د" زيادة: ((فلأنها في دار الحرب حكماً. بحث، انتهى)). ق ١٧٠/ب.

(٤) المقولة [١٢٦٠٨] قوله: ((حقيقةً وحكماً)).

(٥) في "د" زيادة: ((ما لفظه)). ق ١٧٠/ب.

(٦) "ح" كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٧٠/ب - ق ١٧١/أ.

(وَمَنْ هَاجَرَتْ إِلَيْنَا) مسلمةٌ أو ذِمِّيَّةٌ (حائلاً بَانتَ بلا عِدَّةٍ) فَيَحِلُّ تَزْوُجُهَا،
أَمَّا الْحَامِلُ فَحَتَّى تَضَعَ عَلَى الْأَطْهَرِ، لَا لِلْعِدَّةِ.....

[١٢٦٢٢] (قوله: وَمَنْ هَاجَرَتْ إِلَيْنَا إلخ) المهاجرة: التاركة دار الحرب إلى دار الإسلام على عَزْمٍ عدم العود، وذلك بأن تَخْرُجَ مسلمةٌ أو ذِمِّيَّةٌ أو صَارَتْ كَذَلِكَ، "بحر"^(١). وهذه المسألة داخلة فيما قبلها، لكن ما مر^(٢) فيما إذا خَرَجَ أَحَدُهُمَا مُهَاجِرًا وَقَعَّتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا، والمقصود من هذه أنه إذا كانت المهاجرة المرأة وَقَعَّتِ الْفُرْقَةُ فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا عند "أبي حنيفة" سواء كانت حاملاً أو حائلاً، فَتُزَوَّجُ لِلْحَالِ إِلَّا الْحَامِلُ، فَتَرْتَبِصُ لَا عَلَى وَجْهِ الْعِدَّةِ، بل ليرتفع المانع بالوضع، وعندهما عليها العِدَّةُ، "فتح"^(٣).

٣٩١/٢

وبه يَظْهَرُ أَنَّ تَقْيِيدَ "المُصَنَّفِ" بِالْحَائِلِ - أي: غير الحُبْلَى - لَا وَجْهَ لَهُ، بخلاف قول "الكنز"^(٤): ((وَتُكْرَهُ الْمُهَاجِرَةُ الْحَائِلُ بِلَا عِدَّةٍ))، فَإِنَّهَا لِلْإِحْتِرَازِ عَنِ الْحَامِلِ كَمَا عَلِمْتَ، لَكِنَّهُ يُؤْهِمُ أَنَّ الْحَامِلَ لَهَا عِدَّةٌ كَمَا تَوَهَّمُهُ "ابنُ مَلِكٍ" وَغَيْرُهُ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ^(٥).

[١٢٦٢٣] (قوله: عَلَى الْأَطْهَرِ) مُقَابِلُهُ رَوَايَةُ "الحسن": أَنَّهُ يَصِحُّ نِكَاحُهَا قَبْلَ الْوَضْعِ، لَكِنْ لَا يَقْرَبُهَا زَوْجُهَا حَتَّى تَضَعَ كَالْحُبْلَى مِنَ الزَّانَا، وَرَجَّحَهَا "الْأَقْطَعُ"، لَكِنَّ الْأَوَّلَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، "نَهْر"^(٦). وَصَحَّحَهَا الشَّارِحُونَ، وَعَلَيْهَا الْأَكْثَرُ، "بحر"^(٧).

[١٢٦٢٤] (قوله: لَا لِلْعِدَّةِ) نَفْيٌ لِقَوْلِهِمَا وَلِمَا تَوَهَّمُهُ "ابنُ مَلِكٍ" وَغَيْرُهُ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٩/٣.

(٢) المقولة [١٢٦٠٤] قوله: ((وَلَيْسَتْ بَعْدَهُ)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٩٥/٣ بتصرف.

(٤) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام نكاح الكافر ١٦٥/١.

(٥) في "د" زيادة: ((فَالصَّوَابُ لِلْمُصَنَّفِ إِبْدَالُ قَوْلِهِ: (بَانتَ) بِ- (زَوْجَت) لَمَا قُلْنَا، وَلِئَلَّا يَحْصُلَ التَّكَرَّارُ فَإِنَّهَا دَاخِلَةٌ تَحْتَ قَوْلِهِ: (فَلَوْ خَرَجَ أَحَدُهُمَا إِلَيْنَا مُسْلِمًا أَوْ أُخْرِجَ مُسْتَبَيًّا بَانتَ)) ق ١٧٠/ب.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٥/أ بتصرف.

(٧) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٠/٣ بتصرف.

بل لشغلي الرَّجِيمُ بِحَقِّ الْغَيْرِ.

(وارتدادُ أحدهما) أي: الزوجين (فسخٌ).....

[١٢٦٢٥] (قوله: بل لشغلي الرَّجِيمُ بِحَقِّ الْغَيْرِ) أفادَ به الفَرْقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْحَامِلِ مِنَ الزَّوْنِ، فَإِنَّ هَذِهِ حَمْلُهَا ثَابِتُ النَّسَبِ، فَيُؤْتَرُّ فِي مَنَعِ الْعَقْدِ احْتِياطًا؛ لِئَلَّا يَقَعَ الْجَمْعُ بَيْنَ الْفَرَّاشِينَ، وَهُوَ مُمْتَنِعٌ بِمَنْزِلَةِ [٣/١٥٢ق] الْجَمْعِ وَطَنًا كَمَا فِي "الْفَتْح" ^(١) بِخِلَافِ الْحَامِلِ مِنَ الزَّوْنِ، فَإِنَّ مَاءَ الزَّوْنِ لَا حَرَمَةَ لَهُ، وَلَيْسَ فِيهِ حَقُّ الْغَيْرِ، فَلِذَا صَحَّ نِكَاحُهَا، فَافْهَم.

[١٢٦٢٦] (قوله: فسخٌ) أي: عند "الإمام" بِخِلَافِ الْإِبَاءِ عَنِ الْإِسْلَامِ، وَسَوَّى "مُحَمَّدٌ" بَيْنَهُمَا بِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا طَلَّاقٌ، وَ"أَبُو يُوسُفَ" بِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا فَسْخٌ، وَفَرَّقَ "الإمامُ" بَيْنَ الرَّدَّةِ مُنَافِيَةً لِلنِّكَاحِ لِمَنَافَاتِهَا الْعِصْمَةِ، وَالطَّلَاقِ يَسْتَلْزِمُ قِيَامَ النِّكَاحِ، فَتَعَذَّرَ جَعْلُهَا طَلَّاقًا، وَتَمَامُهُ فِي "النَّهْرِ" ^(٢). قَالَ فِي "الْفَتْح" ^(٣): ((وَيَقَعُ طَلَّاقُ زَوْجِ الْمُرْتَدَّةِ عَلَيْهَا مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ؛ لِأَنَّ الْحُرْمَةَ بِالرَّدَّةِ غَيْرُ مُتَابِدَةٍ، فَإِنَّهَا تَرْتَفِعُ بِالإِسْلَامِ، فَيَقَعُ طَلَّاقُهَا عَلَيْهَا فِي الْعِدَّةِ مُسْتَتِيعًا فَائِدَتَهُ مِنْ حُرْمَتِهَا عَلَيْهِ بَعْدَ الثَّلَاثِ حُرْمَةً مُعْيَاةً بِوُطْءِ زَوْجٍ آخَرَ بِخِلَافِ حُرْمَةِ الْمَحْرَمِيَّةِ، فَإِنَّهَا مُتَابِدَةٌ لَا غَايَةَ لَهَا، فَلَا يُفِيدُ لِحُوقُ الطَّلَاقِ فَائِدَةً)) اهـ.

قُلْتُ: وَهَذَا إِذَا لَمْ تَلْحَقْ بِدَارِ الْحَرْبِ، فَقِي "الْخَانِيَّة" ^(٤) قِبَلِ الْكُنَايَاتِ: ((الْمُرْتَدَّةُ إِذَا لَحِقَتْ بِدَارِ الْحَرْبِ فَطَلَّقَ امْرَأَتَهُ لَا يَقَعُ، وَإِنْ عَادَ مُسْلِمًا وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ فَطَلَّقَهَا يَقَعُ، وَالْمُرْتَدَّةُ إِذَا لَحِقَتْ

(قوله: لِمَنَافَاتِهَا الْعِصْمَةُ) لِنَفْسِهِ وَمَالِهِ.

(قوله: الْمُرْتَدَّةُ إِذَا لَحِقَتْ بِدَارِ الْحَرْبِ فَطَلَّقَ امْرَأَتَهُ لَا يَقَعُ إلخ) هكذا عبارة "الْخَانِيَّة"، وَفِي "حَاشِيَةِ

(١) "الْفَتْح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ أَهْلِ الشُّرْكِ ٢٩٦/٣.

(٢) انْظُرِ "النَّهْرَ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ ١/١٩٥.

(٣) "الْفَتْح": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ أَهْلِ الشُّرْكِ ٢٩٠/٣ بِإِخْتِصَارٍ.

(٤) "الْخَانِيَّة": كِتَابُ الطَّلَاقِ ٤٦٧/١ بِإِخْتِصَارِ (هَامِشِ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

فلا يَنْقُصُ عدداً (عاجلاً) بلا قضاءٍ (فَلِلْمُوطُوءَةِ) ولو حكماً (كلُّ مهرها) لتأكيده به (ولغيرها نصفه^(١)) لو مُسَمَّى.....

فَطَلَّقَهَا زوجها ثُمَّ عَادَتْ مُسْلِمَةً قَبْلَ الْحَيْضِ فَعَنْدَهُ لَا يَقَعُ، وَعَنْدَهُمَا يَقَعُ).

[١٢٦٢٧] (قوله: فلا يَنْقُصُ عدداً) فلو ارتدت مراراً وحَدَّدَ الإسلامَ في كلِّ مرَّةٍ وحَدَّدَ النِّكَاحَ على قول "أبي حنيفة" تَحِلُّ امرأته من غيرِ إصَابَةِ زوجِ ثَانٍ، "بِحِرِّ"^(٢) عن "الْحَنَافِيَّةِ".

[١٢٦٢٨] (قوله: بلا قضاءٍ أي: بلا تَوْقُفٍ على قضاءِ القاضي، وكذا بلا تَوْقُفٍ على مُضَيِّ عِدَّةٍ في المدخولِ بها كما في "البحر"^(٣)).

[١٢٦٢٩] (قوله: ولو حكماً) أَرَادَ بِهِ الْخُلُوءَ الصَّحِيحَةَ، "ح"^(٤).

[١٢٦٣٠] (قوله: كلُّ مهرها) أَطْلَقَهُ فَشَمِلَ ارْتِدَادَهُ وَارْتِدَادَهَا، "بِحِرِّ"^(٥).

[١٢٦٣١] (قوله: لتأكيده) أي: تَأَكُّدَ تَمَامِ الْمَهْرِ ((به))، أي: بِالْوَطْءِ الْحَقِيقِيِّ أَوْ الْحَكْمِيِّ.

البحر" عن "البدائع": ((وإذا ارتدت ولحقَ بدارِ الحربِ وطلَّقَهَا في الْعِدَّةِ لم يَقَعْ لانقطاعِ الْعِصْمَةِ، فَإِنْ عادَ إلى دارِ الإسلامِ وهي في الْعِدَّةِ وَقَع، وإذا ارتدتْ وَلَحِقَتْ لَمْ يَقَعْ عليها طلاقُهُ، فَإِنْ عَادَتْ بعدَ الطَّلَاقِ لَمْ يَقَعْ كذلك عند "أبي حنيفة"؛ لِبُطْلَانِ الْعِدَّةِ بِاللَّحَاقِ ثُمَّ لَا تَعُودُ، بِخِلَافِ الْمُرْتَدَّةِ)) اهـ.

(١) في "د" و"و": ((النصف)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣١/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٠/٣.

(٤) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ١/١٧١.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٢/٣.

أو المتعة (لو ارتدَّ) وعليه نفقة العِدَّة (ولا شيء) من المهرِ والنَّفقةِ سوى السُّكْنَى، به يُفتَى

[١٢٦٣٢] (قوله: أو المتعة) أي: إن لم يكن مُسمًى.

[١٢٦٣٣] (قوله: لو ارتدَّ) قيدٌ في قوله: ((ولغيرها النصفُ إلخ)).

[١٢٦٣٤] (قوله: وعليه نفقة العِدَّة) أي: لو مدخولاً بها؛ إذ غيرها لا عِدَّة عليها. وأفاد وجوب العِدَّة - سواء ارتدَّ أو ارتدَّت - بالحيض، أو بالأشهر لو صغيرة أو آيسة، أو بوضع الحمل كما في "البحر" ^(١).

[١٢٦٣٥] (قوله: ولا شيء من المهر) أي: في غير المدخول بها؛ لأنها محلُّ التفصيل بقوله: ((لو ارتدَّت)) وقوله: ((لو ارتدَّت)).

[١٢٦٣٦] (قوله: والنَّفقة) قد علمت أنَّ الكلامَ في غير المدخول [١٥٢ق/٣/ب] بها، وهذه لا نفقة لها لعدم العِدَّة، لا لكون الرِّدَّة منها، لكنَّ المدخول بها كذلك لا نفقة لها لو ارتدَّت، ولذا قال في "البحر" ^(٢): ((وحكم نفقة العِدَّة كحكم المهر قبل الدُّخول، فإن كان هو المرتد فلها نفقة العِدَّة، وإن ارتدَّت فلا نفقة لها)).

[١٢٦٣٧] (قوله: سوى السُّكْنَى) فلا تسقط سُّكْنَى المدخول بها في العِدَّة؛ لأنها حقُّ الشرع بخلاف نفقة العِدَّة، ولذا صحَّ الخلُع على النِّفقة دون السُّكْنَى. والظاهر: أنَّ هذا مفروضٌ فيما لو أسلمت، وإلا فالمرتدة تُحبسُ حتى تعود، وسيأتي ^(٣) أنَّ المحبوسة كالخارجة بلا إذنه، ولا نفقة لها ولا سُّكْنَى.

(قوله: والظاهر: أنَّ هذا مفروضٌ فيما لو أسلمت إلخ) بل الظاهر أنها تستحقُّ السُّكْنَى أسلمت أو لا، إلا إذا حُبِسَتْ.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٢/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٢/٣.

(٣) المقولة [١٢٧١٣] قوله: ((رجعية)).

(لو ارتدَّت) لبحي الفرقة منها قبل تأكيده، ولو ماتت في العدة ورثها زوجها المسلم استحسنًا، وصرحوا بتعزيرها خمسة وسبعين،.....

[١٢٦٣٨] (قوله: لو ارتدَّت) أطلقه فشمِّل الحرَّة، والأمة، والصَّغيرة، والكبيرة، "بحر"^(١).
 [١٢٦٣٩] (قوله: قبل تأكيده) أي: المهر، فإنه يتأكَّد بالموت أو الدُّخول ولو حكمًا.
 [١٢٦٤٠] (قوله: ورثها زوجها استحسنًا) هذا إذا ارتدَّت وهي مريضة ثمَّ ماتت أو لَحِقَتْ بدار الحرب بخلاف رِدَّتْها في الصَّحَّة، وبخلاف ما لو ارتدَّ هو، فإنها ترثه مطلقًا إذا مات أو لَحِقَ وهي في العدة كما في "الخانية"^(٢) من فصل المعتدة التي ترث، وسيذكره^(٣) "المصنف" أيضًا في طلاق المريض. ووجهه أنَّ رِدَّتْه في معنى مرض الموت؛ لأنَّه إن لم يُسلم يُقتل، فيكون فارقًا فَرِثُهُ مطلقًا، أمَّا المرأة فلا تقتل بالرَّدة، فلم تكن فارة إلا إذا كانت رِدَّتْها في المرض.
 [١٢٦٤١] (قوله: وصرحوا بتعزيرها خمسة وسبعين) هو اختيار لقول "أبي يوسف"، فإنَّ نهاية تعزير الحرِّ عنده خمسة وسبعون، وعندهما تسعة وثلاثون، قال في "الحاوي القدسي"^(٤): ((وبقول "أبي يوسف" نأخذ))، قال في "البحر"^(٥): ((فعلى هذا المعتمد في نهاية التعزير قولُ

(قوله: إلا إذا كانت رِدَّتْها في المرض) لأنَّه تبيَّن أنَّ قصدها الفرار، والقياس أنَّ لا يرثها لعدَم جَرَائنه بين مُسلم وكافر كما يأتي في طلاق المريض.
 (قوله: المعتمد في نهاية التعزير قولُ "أبي يوسف" إلخ) سيأتي له في باب التعزير تصحيح قولهما أنَّ أكثره تسعة وثلاثون؛ حيث قال: ((وفي "الحاوي": قال "أبو يوسف": أكثره في العبد تسعة وثلاثون سوطًا، وفي الحرِّ خمسة وسبعون سوطًا، وبه نأخذ)) اهـ. فعلم أنَّ الأصحَّ قولُ "أبي يوسف" "بحر".

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٢/٣.

(٢) "الخانية": كتاب الطلاق - باب العدة ٥٥٦/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) انظر "الدر" عند المقولة [١٤١٨٤] قوله: ((ورثها)).

(٤) "الحاوي القدسي": كتاب الحدود - باب حد التعزير ق ١٥٥/١.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٠/٣.

وَتَجَبَّرُ عَلَى الْإِسْلَامِ وَعَلَى تَجْدِيدِ النِّكَاحِ زَجْرًا لَهَا. مَهْرٌ يَسِيرٌ كَدِينَارٍ، وَعَلَيْهِ
الْفَتْوَى، "وَلَوْلَا الْجَيَّةُ"^(١). وَأَفْتَى مَشَايخُ بُلُخٍ بَعْدَ الْفُرْقَةِ بِرَدِّهَا زَجْرًا وَتَيْسِيرًا،
لَا سِيَّمَا الَّتِي تَقَعُ فِي الْمَكْفُرِّ ثُمَّ تُنْكَرُ،.....

"أَبِي يُوسُفَ"، سِوَاهُ كَانَ فِي تَعْزِيرِ الْمَرْتَدَّةِ أَوْ لَا)).

[١٢٦٤٢] (قَوْلُهُ: وَتَجَبَّرُ أَي: بِالْحَيْسِ إِلَى أَنْ تُسَلِّمَ أَوْ تَمُوتَ.

[١٢٦٤٣] (قَوْلُهُ: وَعَلَى تَجْدِيدِ النِّكَاحِ) فَلِكُلِّ قَاضٍ أَنْ يُجَدِّدَهُ. مَهْرٌ يَسِيرٌ وَلَوْ بِدِينَارٍ رَضِيَتْ
أَم لَا، وَتَمْنَعُ مِنَ التَّرَوُّجِ بَغَيْرِهِ بَعْدَ إِسْلَامِهَا، وَلَا يَخْفَى أَنَّ مَحَلَّهُ مَا إِذَا طَلَبَ الزَّوْجُ ذَلِكَ، أَمَّا لَوْ
سَكَتَ أَوْ تَرَكَهُ صَرِيحًا فَإِنَّهَا لَا تُجَبَّرُ وَتَزَوَّجُ مِنْ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ حَقَّهُ، "بِحَرْ" ^(٢) وَ"نَهْر" ^(٣).

[١٢٦٤٤] (قَوْلُهُ: زَجْرًا لَهَا) عِبَارَةٌ "الْبَحْر" ^(٤): ((حَسْمًا لِבَابِ الْمَعْصِيَةِ وَالْجَيْلَةِ لِلْخَلَاصِ

منه)) اهـ.

وَلَا يَلْزَمُ مِنْ هَذَا أَنْ يَكُونَ الْجَبْرُ عَلَى تَجْدِيدِ النِّكَاحِ مَقْصُورًا عَلَى مَا إِذَا ارْتَدَّتْ [١٥٣ق/٣]

قُلْتُ: يُحْتَمَلُ أَنْ قَوْلَهُ: ((وَبِهِ نَأْخُذُ)) تَرْجِيحٌ لِلرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ عَنْ "أَبِي يُوسُفَ" عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُولَى
بِعَيْنٍ: وَهِيَ تَقْيِصُ سَوَاطِئِ لَكُونِ الثَّانِيَةِ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ عَنْهُ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ هَذَا تَرْجِيحُ قَوْلِهِ عَلَى قَوْلَيْهِمَا
الَّذِي عَلَيْهِ مَثْوًى الْمَذْهَبُ مَعَ نَقْلِ الْعَلَامَةِ "قَاسِمٍ" تَصْحِيحَهُ عَنْ الْأَثْمَةِ اهـ. وَأَيْضًا عِنْدَ اخْتِلَافِ التَّصْحِيحِ
يُرْجَعُ لِمَا فِي الْمُتُونِ.

(قَوْلُهُ: وَلَا يَلْزَمُ مِنْ هَذَا أَنْ يَكُونَ الْجَبْرُ عَلَى تَجْدِيدِ النِّكَاحِ مَقْصُورًا إِلَى) لَكِنْ مَا نَقَلَهُ "ط" عَنْ
"الْمُهَنْدِيَّةَ" بِقَوْلِهِ: ((لَوْ أَحْرَجْتَ كَلِمَةَ الْكُفْرِ مَعَايِظَةً لَزَوَّجَهَا أَوْ إِخْرَاجَهَا نَفْسَهَا عَنْ حَالَتِهِ أَوْ اسْتِجَابِ
الْمَهْرِ عَلَيْهِ بِنِكَاحٍ مُسْتَأْنَفٍ تَحْرُمُ عَلَى زَوَّجِهَا، وَلِكُلِّ قَاضٍ أَنْ يُجَدِّدَ النِّكَاحَ بِأَذْنَى شَيْءٍ إِلَى)) ظَاهِرُهُ
التَّقْيِيدُ، وَأَنَّهَا لَوْ ارْتَدَّتْ جَهْلًا لَا تُعْطَى هَذَا الْحُكْمُ، كَمَا قَالَ "ط"، تَأْمَلْ.

(١) "الْوَلَوَالِيَّةُ": كِتَابُ الطَّلَاقِ - الْفَصْلُ الثَّامِنُ فِي الْمَسَائِلِ الْمُتَفَرِّقَةِ ق ٨٢/ب.

(٢) "الْبَحْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ ٢٣٠/٣.

(٣) "النَّهْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ ق ١٩٥/أ.

(٤) "الْبَحْر": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ ٢٣٠/٣.

قال في "النهر": ((والإفتاء بهذا أولى من الإفتاء بما في "النوادر"))، لكن^(١) قال "المصنف"^(٢): ((ومن تصفح^(٣) أحوال نساء زماننا وما يقعُ منهنَّ من موجبات الردَّة مكرراً في كلِّ يومٍ لم يتوقف في الإفتاء برواية "النوادر")).....

لأجل الخلاص منه، بل قالوا ذلك سداً لهذا الباب من أصله، سواء تعمَّدت الحيلة أم لا كيلاً تحلَّ ذلك حيلةً.

[١٢٦٤٥] [قوله: قال في "النهر"^(٤) إلخ] عبارته: ((ولا يخفى أنَّ الإفتاء بما اختاره بعضُ أئمة بلخٍ أولى من الإفتاء بما في "النوادر"، ولقد شاهدنا من المشاقِّ في تجديدِها فضلاً عن جبرها بالضرب ونحوه ما لا يُعدُّ ولا يُحدُّ، وقد كان بعضُ مشايخنا من علماء العجم ابتليَ بامرأةٍ تقعُ فيما يوجبُ الكفرَ كثيراً ثم تُنكرُ، وعن التجديدِ تأبى، ومن القواعدِ المشقةُ تجلبُ التيسيرَ، والله الميسرُ لكلِّ عسيرٍ)) اهـ.

قلت: المشقة في التجديد لا تقتضي أن يكون قولُ أئمة بلخٍ أولى مما في "النوادر"، بل أولى مما مرَّ^(٥) أنَّ عليه الفتوى، وهو قولُ البخاريين؛ لأنَّ ما في "النوادر" هو ما يأتي^(٦) من أنها بالردَّة تُسترقُّ، تأمل.

(قوله: من أنها بالردَّة تُسترقُّ، تأمل) قد يقال: الإفتاء بقولِ أئمة بلخٍ أولى من الإفتاء برواية "النوادر"؛ لأنَّ فيها مشقةُ الشراء من الإمام بعد الاسترقاق، أو طلبُ صرفها إليه أمَّ أنه قد لا يصرفها، وإذا كان أولى ممَّا في "النوادر" يكونُ أولى من قولِ البخاريين؛ لِمَا فيه من زيادةِ المشقة، لكن يُنظرُ على قولِ البلخيَّين القائلين بعدمِ الفرقة: هل يُباح الوطء مع الردَّة أو لا؟ والظاهر لا.

(١) من ((قال في النهر)) إلى ((لكن)) ساقط من "ط".

(٢) "المنح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ١/ ١٣٢/ بتصرف يسير.

(٣) ((تصفح)) ساقطة من "ط".

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٥/ بتصرف.

(٥) "در" ص ٦٤٨.

(٦) المقولة [١٢٦٤٧] قوله: ((والفتح)).

قلت: وقد بُسِطَتْ في "القنية"^(١) و"المجتبى" و"الفتح" و"البحر"^(٢)، وحاصلها: ((أَنَّهَا بِالرَّدَّةِ تُسْتَرْقُ، وَتَكُونُ فَيْئًا لِلْمُسْلِمِينَ عِنْدَ "أَبِي حَنِيفَةَ" رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، وَيَشْتَرِيهَا الزَّوْجُ مِنَ الْإِمَامِ، أَوْ يَصْرِفُهَا إِلَيْهِ لَوْ مَصْرِفًا.....

[١٢٦٤٦] (قَوْلُهُ: وَقَدْ بُسِطَتْ) أَي: رَوَاةُ "النَّوَادِر".

[١٢٦٤٧] (قَوْلُهُ: وَ"الْفَتْحُ"^(٣)) فِيهِ أَنَّهُ لَمْ يَزِدْ عَلَى قَوْلِهِ: ((وَلَا تُسْتَرْقُ الْمُرْتَدَّةُ مَا دَامَتْ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَفِي رَوَايَةِ "النَّوَادِر" عَنْ "أَبِي حَنِيفَةَ" تُسْتَرْقُ)) اهـ، ثُمَّ رَأَيْتُ صَاحِبَ "الْفَتْحِ"^(٤) بَسَطَ ذَلِكَ فِي بَابِ الْمُرْتَدَّةِ^(٥).

[١٢٦٤٨] (قَوْلُهُ: وَحَاصِلُهَا إِنْ قَالَ فِي "القنية"^(٦) بَعْدَ مَا مَرَّ^(٧) عَنْ "الْفَتْحِ": ((وَلَوْ كَانَ الزَّوْجُ عَالِمًا اسْتَوَلَى عَلَيْهَا بَعْدَ الرَّدَّةِ تَكُونُ فَيْئًا لِلْمُسْلِمِينَ عِنْدَ "أَبِي حَنِيفَةَ"، ثُمَّ يَشْتَرِيهَا مِنَ الْإِمَامِ أَوْ يَصْرِفُهَا إِلَيْهِ إِنْ كَانَ مَصْرِفًا، فَلَوْ أَفْتَى مُفْتٍ بِهَذِهِ الرِّوَايَةِ حَسْمًا لِهَذَا الْأَمْرِ لَا بَأْسَ بِهِ)) اهـ. قَالَ فِي "البحر"^(٨): ((وَهَكَذَا فِي "خَزَانَةِ الْفَتَاوَى"، وَنَقَلَ قَوْلَهُ: فَلَوْ أَفْتَى مُفْتٍ إِنْ عَنِ شَمْسِ الْأَثَمَةِ "السَّرْحَسِيِّ")) اهـ.

قُلْتُ: وَمُقْتَضَى قَوْلِهِ: ((ثُمَّ يَشْتَرِيهَا إِنْ كَانَ مَصْرِفًا)) أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَصْرِفًا لَا يَمْلِكُهَا، مَحْرَجًا الْاِسْتِيلَاءَ

(قَوْلُهُ: وَمُقْتَضَى قَوْلِهِ: ثُمَّ يَشْتَرِيهَا إِنْ كَانَ مَصْرِفًا إِنْ كَانَ مَصْرِفًا إِنْ جَعَلَ "السَّنْدِيُّ" ضَمِيرَ يَصْرِفُهَا الْوَاقِعَ فِي "الشَّارَحِ" رَاجِعًا لِلزَّوْجِ، وَقَالَ: ((قَوْلُهُ: أَوْ يَشْتَرِيهَا الزَّوْجُ مِنَ الْإِمَامِ أَي: إِنْ لَمْ يَكُنْ مَصْرِفًا بِدَلِيلِ الْمُقَابَلَةِ فِي قَوْلِهِ: أَوْ يَصْرِفُهَا إِلَيْهِ))، وَالْحَقُّ مَا سَلَكَ "السَّنْدِيُّ" لِمَا تَقَدَّمَ قُبِيلَ بَابِ اِسْتِيلَاءِ الْكُفَّارِ: أَنَّ مِنْ لَهُ اسْتِحْقَاقَ فِي بَيْتِ الْمَالِ إِذَا ظَهَرَ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهِ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ وَيَتَمَلَّكَ لِنَفْسِهِ، فَلْيَنْظُرْ.

(١) "القنية": كتاب النكاح - باب نكاح المرتدة والكفار ق ٣٥/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٠/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٩٧/٣.

(٤) "الفتح": كتاب السر ٣١٠/٥.

(٥) من ((ثم رأيت)) إلى ((باب المرتدة)) ساقط من "الأصل".

(٦) "القنية": كتاب النكاح - باب نكاح المرتدة والكفار ق ٣٥/ب.

(٧) في المقولة السابقة.

(٨) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣١/٣.

ولو استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها، وله بيعها ما لم تكن ولدت منه، فتكون كأم الولد)).

ونقل "المصنف" في كتاب الغصب^(١): ((أن "عمر" رضي الله عنه هجم على نائحة فضربها

عليها، وقوله: ((تكون فياً)) قال "ط"^(٢): ((ظاهرة: ولو أسلمت بعده؛ لأن إسلام الرقيق لا يخرجُه عن الرق)) اهـ.

[١٢٦٤٩] (قوله: ولو استولى عليها الزوج) فيه اختصارٌ مُجِلٌّ، وعبارة "القنية"^(٣) بعد ما تقدّم: ((قلت: وفي زماننا بعد فتنة التتر العامة صارت هذه الولايات التي غلبوا عليها وأجروا أحكامهم فيها كخوارزم وما وراء النهر وخراسان ونحوها صارت دار الحرب في الظاهر، فلو استولى عليها الزوج بعد الردة يملكها، [٣/١٥٣ق/ب] ولا يحتاج إلى شرائها من الإمام، فيفتى بحكم الرق حسناً لكيّد الجهلة ومكر المكرة على ما أشار إليه في "السير الكبير"^(٤)) اهـ.

فقوله: ((يملكها إلخ)) مبني على ظاهر الرواية من أنها لا تسترق ما دامت في دار الإسلام، ولا حاجة إلى الإفتاء برواية النوادر؛ لما ذكره من صيرورة دارهم دار حرب في زمانهم، فيملكها بمجرّد الاستيلاء عليها؛ لأنها ليست في دار الإسلام، فافهم.

[١٢٦٥٠] (قوله: وله بيعها إلخ) ذكره في "البحر"^(٥) بحثاً أخذاً من قول "القنية": ((يملكها))،

(قوله: فقوله يملكها إلخ مبني على ظاهر الرواية من أنها لا تسترق إلخ) فيه أنه بصيرورة دارهم دار حرب لا يملكها بالاستيلاء عليها على ظاهر الرواية؛ لعدم الإحراز بدار الإسلام، والمبلى لا يتأتى بذوره عليها بل على رواية "النوادر".

(١) "الملح": فصل في بيان مسائل تتصل بمسائل الغصب ٣/٤١ ب/ بتصرف يسير.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٥/٢.

(٣) "القنية": كتاب النكاح - باب نكاح المرتدة والكفار ٣٥/ب.

(٤) "السير الكبير": باب من يكون آمناً من غير أن يؤمنه أهل الإسلام ٥٤٧/٢.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣١/٣ بتصرف.

بالدرة حتى سقط خمارها، فقيل له: يا أمير المؤمنين، قد سقط خمارها! فقال: إنها لا حرمة لها^(١)، ومن هنا قال الفقيه "أبو بكر البلخي" حين مرّ بنساء على شطّ نهر كاشفات الرؤوس والذراع، فقيل له: كيف تمرّ؟! فقال: لا حرمة هنّ، إنما الشكّ في إيمانهنّ، كأنهنّ حريّات.....

واستشهد لقوله: ((ما لم تكن إلح)) بما في "الحائية"^(٢): ((لو لحقت أم الولد بعد ارتدادها بدار الحرب، ثم سببت وملكها الزوج^(٣) يعود كونها أم ولد، وأمومية^(٤) الولد تكرر بتكرار الملك) اهـ. (١٢٦٥١) قوله: بالدرّة) بالكسر: السوط، والجمع درر، مثل: سدرية وسدر، "مصبح"^(٥).

(١٢٦٥٢) قوله: والذراع) (أل)) للجنس، والمناسب لما قبله: الأذرع بالجمع، "ط"^(٦).

(١٢٦٥٣) قوله: فقال) تأكيد لـ ((قال)) الأول، "ط"^(٧). والداعي إليه طول الفاصل.

(١٢٦٥٤) قوله: كأنهنّ حريّات) أي: فهنّ في مملوكات، والرأس والذراع ليس بعورة من الرقيق، ووجه الأخذ من قول "عمر" رضي الله تعالى عنه: أنه إذا سقطت حرمة النائحة تسقط حرمة هؤلاء الكاشفات رؤوسهنّ في ممرّ الأجانب؛ لما ظهر له من حالهنّ أنهنّ مستخفات مستهينات، وهذا سبب مسقط لحرمتهنّ، فافهم.

ثم أعلم أنه إذا وصلنّ إلى حال الكفر وصرنّ مرتدات فحكمهنّ ما مرّ^(٨) من أنهن لا يملكن ما دمنّ في دار الإسلام على ظاهر الرواية، وأمّا ما مرّ^(٩) من أنه لا بأس من الإفتاء بما في "النوادر"

(١) أخرجه عبد الرزاق (٦٦٨١)، وذكره القرطبي في "تفسيره" ٧٥/١٨.

(٢) "الحائية": كتاب الطلاق - فصل في الاستيلاء ٥٧٠/١ بتصرف (هامش الفتاوى الهندية).

(٣) عبارة "الحائية": كما في "البحر": ((السيد)) بدل ((الزوج))، والذي في نسخة "الحائية" التي بين أيدينا: ((الولي)).

(٤) الذي في نسخة "البحر": ((أممية)) بدل ((أمومية)) ولعل تعريف.

(٥) "المصبح": مادة ((در)).

(٦) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٥/٢ بتوضيح من ابن عابدين رحمه الله تعالى.

(٧) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٥/٢ وعبارته: ((تكرار مع قال الأولى)).

(٨) المقولة [١٢٦٤٧] قوله: ((والفتح)).

(٩) المقولة [١٢٦٤٨] قوله: ((وحاصلها إلح)).

(وبقي النكاح إن ارتدًا معاً).....

من جواز استرقاقهنّ فذا بالنسبة إلى ردّ الزّوجة للضرورة لا مطلقاً؛ إذ لا ضرورة في غير الزّوجة إلى الإفناء بالرواية الضّعيفة، ولا يلزم من سقوط الحرمة وجواز النظر إليهنّ جواز تملكهنّ في دارنا؛ لأنّ غايته أنهنّ صرنّ قيئاً، ولا يلزم من جواز النظر إليهنّ جواز الاستيلاء والتّمتع بهنّ وطناً وغيره؛ لأنّه يجوز النظر إلى مملوكة الغير، ولا يجوز وطئها بلا عقد نكاح.

وبهذا ظهر غلط من ينسب نفسه إلى العلم في زماننا في زعمه الباطل أنّ الرّائيات اللاتي يظهرنّ في الأسواق بلا احتشام يجوز وطئهنّ بحكم الاستيلاء، فإنّه غلط قبيح [١٥٤ق/ب] يكاد أن يكون كفراً، حيث يؤدّي إلى استحابة الرّنا، ولا حول ولا قوة إلّا بالله العليّ العظيم.

(فرغ)

في "البحر" ^(١) عن "الخانية" ^(٢): ((غاب عن امرأته قبل الدّخول بها، فأخبرته بردّها مُحيرٌ ولو مملوكاً أو محدوداً في قذفٍ وهو ثقة عنده، أو غير ثقة لكنّ أكبر رأيّه أنّه صادق له التّزوُّج بأربع سواها، وإنّ أُخبرت برّدّة زوجها لها التّزوُّج بآخر بعد العِدّة في رواية الاستحسان، قال "السّرّخسيّ": وهي الأصحُّ)).

[١٢٦٥٥] (قوله: إن ارتدًا معاً) المسألة مُقيدة بما إذا لم يلحق أحدهما بدار الحرب، فإنّ لِحْقَ بآنثى، وكأنّه استغنى عنه بما قدّمه ^(٣): من أنّ تباين الدّارين سببُ الفرقة، "نهر" ^(٤).

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣١/٣ بتصرف.

(٢) "الخانية": كتاب السير - باب الردة وأحكام أهلها ٥٨٣/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "در" ص ٦٣٤ -.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٥/ب.

بأن: لم يُعْلَم السَّبْقُ، فُجْعِلْ كالغرقى (ثُمَّ أَسْلَمَا كَذَلِكَ) استحساناً^(١) (وَفَسَدَ إِنْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ) وَلَا مَهْرَ قَبْلَ الدُّخُولِ.....

[١٢٦٥٦] (قوله: بأن لم يُعْلَم السَّبْقُ) أمَّا المعيةُ الحقيقيةُ فمُتَعَذِّرةٌ، وما في "البحر"^(٢): ((هي ما لو عَلِمَ أَنَّهُمَا ارْتَدَّا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ)) ففيه بُعْدٌ ظَاهِرٌ، نعم ارتدادُهُمَا معاً بالفعلِ ممكنٌ، بأنَّ حَمَلًا مُصَحَّحًا وأَلْقِيَاهُ فِي الْقَاذِرَاتِ، أَوْ سَجَدَا لِلصَّنَمِ معاً، "نهر"^(٣).

[١٢٦٥٧] (قوله: كَالْغَرْقَى) فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يُعْلَمَ سَبْقُ أَحَدِهِمَا بِالمَوْتِ يَنْزِلُونَ مَنْزِلَةً مَنِ مَاتُوا معاً، وَلَا يَرِثُ أَحَدٌ مِنْهُمُ الْآخَرَ، فَالتَّشْبِيهُ فِي أَنَّ الْجَهْلَ بِالسَّبْقِ كَحَالَةِ الْمَعِيَةِ، "ط"^(٤).

[١٢٦٥٨] (قوله: كَذَلِكَ) أَي: معاً، بأنَّ لَمْ يُعْلَم السَّبْقُ.

[١٢٦٥٩] (قوله: وَفَسَدَ إلخ) لِأَنَّ رَدَّهُ أَحَدَهُمَا مُنَافِيَةٌ لِلنِّكَاحِ ابْتِدَاءً فَكَذَا بَقَاءُ، "نهر"^(٥).

وهذا تصريحٌ بمفهومِ قوله: ((ثُمَّ أَسْلَمَا كَذَلِكَ))، وَسَكَتَ عَنْ مَفْهُومِ قَوْلِهِ: ((إِنْ ارْتَدَّا معاً))؛ لِأَنَّهُ تَقَدَّمَ فِي قَوْلِهِ: ((وَارْتَدَّا أَحَدُهُمَا فَسَخَّ عَاجِلًا)).

[١٢٦٦٠] (قوله: قَبْلَ الْآخَرِ) وَكَذَا لَوْ بَقِيَ أَحَدُهُمَا مُرْتَدًّا بِالأُولَى، "نهر"^(٦).

[١٢٦٦١] (قوله: قَبْلَ الدُّخُولِ) أَمَّا بَعْدُهُ فَلَهَا الْمَهْرُ فِي الْوَجْهِينِ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ يَقْرَرُ بِالدُّخُولِ دُثْيَا فِي ذِمَّةِ الزَّوْجِ، وَالدُّثْيُ لَا تَسْقُطُ بِالرَّدِّ، "فتح"^(٧).

(١) في "د" زيادة: ((وَجْهٌ اسْتِحْسَانٌ؛ أَنَّ بَنِي حَنِيفَةَ ارْتَدَّوْا ثُمَّ أَسْلَمُوا وَلَمْ تَأْمُرْهُمْ الصَّحَابَةُ بِتَحْدِيدِ الْإِنْكَاحِ، وَارْتَدَّاهُمْ وَإِسْلَامُهُمْ وَاقِعٌ معاً لَجِهَالَةِ التَّارِيخِ فَزَكْنَا الْقِيَاسَ بِإِجْمَاعِهِمْ.

وقال زفر: تبين، وهو القياس؛ لِأَنَّ رَدَّهُ أَحَدَهُمَا مُنَافِيَةٌ، وَفِي رَدِّهِمَا رَدُّ أَحَدِهِمَا وَزِيَادَةُ، فَكَانَ أَوَّلَى بِالْيَنُونَةِ، وَلِأَنَّهُ مُنَافٍ ابْتِدَاءً فَيَكُونُ مُنَافِيًا بِبَقَاءِ كَرَّةٍ أَحَدَهُمَا، انْتَهَى. "زيلعي" (١٧١/أ).

(٢) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٢/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٥/ب.

(٤) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٥/٢.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٥/ب.

(٦) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٥/ب.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٩٩/٣.

لو المتأخّرُ هي، ولو هو فنصفه أو متعة (والولدُ يَتَبَعُ خَيْرَ الأبوين دِيناً)
 إِنِ اتَّحَدَتِ الدَّارُ.....

[١٢٦٦٢] (قوله: لو المتأخّرُ هي) لحيءِ الفرقة من قبلها بسبب تأخرها.

[١٢٦٦٣] (قوله: فنصفه) أي: عند التسمية، ((أو متعة)) عند عدمها.

مطلب: الولدُ يَتَبَعُ خَيْرَ الأبوين دِيناً

[١٢٦٦٤] (قوله: والولدُ يَتَبَعُ خَيْرَ الأبوين دِيناً) هذا يُصَوِّرُ من الطرفين في الإسلام العارض، بأن كانا كافرين فأسلم أو أسلمت، ثم جاءت بولدٍ قبل العرضِ على الآخر والتفريق، أو بعده في مدّة يثبتُ النسبُ في مثلها، أو كان بينهما ولدٌ صغيرٌ قبل إسلام أحدهما؛ فإنه بإسلام أحدهما يصيرُ الولدُ مسلماً، وأمّا في الإسلام الأصلي فلا يُصَوِّرُ إلا أن تكون الأمُ كنايةً والأب [١٥٤/٣ ب] مسلماً، "فتح" (١) و"نهر" (٢).

(تنبيه)

يُشْعِرُ التعبيرُ بالأبوين إخراجَ ولدِ الزّنا، ورأيتُ في "فتاوى الشّهاب السّلي" قال: ((واقعةُ الفتوى في زماننا: مسلمٌ زنا بصرائيّة، فأَتَتْ بولدٍ فهل يكونُ مسلماً؟ أحابَ بعضُ الشّافعيّةِ بعدهم وبعضُهم بإسلامه، وذكر: أنّ "السّبكي" نصَّ عليه، وهو غيرُ ظاهر، فإنّ الشّارعَ قَطَعَ نَسَبَ وَلَدِ الزّنا، وبنّته من الزّنا تجلُّ له عندهم، فكيف يكونُ مسلماً؟! وأفتى قاضي القضاة "الحنبلي" بإسلامه أيضاً، وتوقّفتُ عن الكتابة، فإنّه وإن كان مقطوعُ النسبِ عن أبيه - حتّى لا يرثه - فقد صرّحوا عندنا بأنّ بنته من الزّنا لا تجلُّ له، وبأنّه لا يدفعُ زكاته لآلِه من الزّنا، ولا تُقبَلُ شهادتهُ له. والذي يَقْوَى عندي أنّه لا يُحكّمُ بإسلامه على مقتضى مذهبي، وإنّا أنَبَوُا الأحكامَ المذكورةَ احتياطاً نظراً

(١) "فتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٧/٣.

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٣/ب ق ١٩٤/أ.

لحقيقة الجزئية بينهما)) اهـ.

قلت: يظهر لي الحكم بالإسلام؛ للحديث الصحيح: «كُلُّ مَوْلُودٍ يُوَلَّدُ عَلَى الْفِطْرَةِ، حَتَّى يَكُونَ أَبُوهُ هِمَا اللَّذَانِ يَهُودَانِهِ أَوْ يُنَصْرَانِهِ»^(١)، فإنهم قالوا: إِنَّهُ جَعَلَ اتِّفَاقَهُمَا نَاقِلًا لَهُ عَنِ الْفِطْرَةِ، فَإِذَا لَمْ يَتَّفِقَا بَقِيَ عَلَى أَصْلِ الْفِطْرَةِ أَوْ عَلَى مَا هُوَ أَقْرَبُ إِلَيْهَا، حَتَّى لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا جَوْسِيًّا وَالْآخَرُ كِتَابِيًّا فَهُوَ كِتَابِيٌّ كَمَا يَأْتِي^(٢)، وهنا ليس له أبوان مُتَّفِقَانِ، فَيَقْفَى عَلَى الْفِطْرَةِ، وَلَأنَّهُمْ قَالُوا: إِنَّ الْحَاقَةَ بِالْمُسْلِمِ مِنْهُمَا أَوْ بِالْكِتَابِيِّ أَنْفَعُ لَهُ، وَلَا شَكَّ أَنَّ النَّظَرَ لِحَقِيقَةِ الْجَزْئِيَّةِ أَنْفَعُ لَهُ، وَأَيْضًا حَيْثُ نَظَرُوا لِلْجَزْئِيَّةِ فِي تِلْكَ الْمَسَائِلِ احْتِياطًا فَلْيَنْظُرْ إِلَيْهَا هُنَا احْتِياطًا أَيْضًا، فَإِنَّ الْإِحْتِياطَ بِالَّذِينَ أُولَى، وَلَأنَّ الْكُفْرَ أَقْبَحُ الْقَبِيحِ، فَلَا يَنْبَغِي الْحُكْمُ بِهِ عَلَى شَخْصٍ بِذُنُوبٍ أَمْرٍ صَرِيحٍ، وَلَأنَّهُمْ قَالُوا فِي حَرَمَةِ بَيْتِهِ مِنَ الرَّثَا: إِنَّ الشَّرْعَ قَطَعَ النَّسَبَ إِلَى الرَّائِي لِمَا فِيهَا مِنْ إِشَاعَةِ الْفَاحِشَةِ، فَلَمْ يُثَبِّتِ النَّفَقَةَ وَالْإِرْثَ لِلذَلِكَ، وَهَذَا لَا يَنْفِي النَّسَبَ الْحَقِيقِيَّةَ؛ لِأَنَّ الْحَقَائِقَ لَا مَرَدَّ لَهَا، فَمَنْ ادَّعَى أَنَّهُ لَا بَدَّ مِنَ النَّسَبِ الشَّرْعِيَّةِ فَعَلِيهِ الْبَيَانُ.

(تَمَمَّةٌ)

ذَكَرَ "الْأَسْتَرْوَشِي" فِي سَبِيلِ "أَحْكَامِ الصَّغَارِ"^(٣): ((أَنَّ الْوَلَدَ لَا يَصِيرُ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِ جَدِّهِ وَلَوْ أَبُوهُ مَيِّتًا، وَأَنَّ هَذِهِ مِنَ الْمَسَائِلِ الَّتِي لَيْسَ فِيهَا الْجَدُّ كَالْأَبِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ تَابِعًا لَهُ لَكَانَ تَابِعًا لِجَدِّ الْجَدِّ وَهَكَذَا، فَيُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَكُونَ النَّاسُ مُسْلِمِينَ [٣/١٥٥ق/١] بِإِسْلَامِ آدَمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ))، وَفِيهِ^(٤) أَيْضًا: ((الصَّغِيرُ تَبَعَ لِأَبِيهِ أَوْ أَحَدِهِمَا فِي الدِّينِ، فَإِنْ انْعَدَمَا فَلِذِي الْبَيْدِ، فَإِنْ عُدِمَتْ

(١) تقدم تخريجه ١٩٣/٥.

(٢) المقولة [١٢٦٦٦] قوله: ((وَالْجَوْسِيُّ شَرٌّ مِنَ الْكِتَابِيِّ)).

(٣) "جامع أحكام الصغار": مسائل الردة ٢٠٧/١ بتصرف.

(٤) أي: في "جامع أحكام الصغار": مسائل الردة ٢٠٨/١ بتصرف.

فللدار، ويستوي فيما قلنا أن يكون عاقلاً أو غير عاقل؛ لأنه قبل البلوغ تبع لأبويه في الدين ما لم يصِفَ الإسلام)). اهـ. فأفاد أن التبعية لا تنقطع إلا بالبلوغ أو بالإسلام بنفسه، وبه صرح في "البحر" ^(١) و"المنح" ^(٢) من باب الجنائز.

وذكر أيضاً المحقق "ابن أمير حاج" في "شرح التحرير" ^(٣) عن "شرح الجامع الصغير" لـ "فخر الإسلام": ((أنه لا فرق في الصغير بين أن يعقل أو لا، وأنه نص عليه في "الجامع الكبير" و"شرحه")).

قلت: وفي "شرح السير الكبير" للإمام "السرخسي" ^(٤) قال بعد كلام ما نصّه: ((وبهذا تبين خطأ من يقول من أصحابنا ^(٥): إن الذي يُعبر عن نفسه لا يصير مسلماً تبعاً لأبويه، فقد نص هاهنا على أنه يصير مسلماً)) اهـ.

وذكر ^(٦) قبله أيضاً: ((أن التبعية تنقطع ببلوغه عاقلاً)) اهـ، أي: فلو بلغ مجنوناً تبقى التبعية. فقد تبين لك أن ما في "القهستاني" ^(٧): ((من أن المراد بالولد هنا الطفل الذي لا يعقل الإسلام)) خطأ كما سمعته من عبارة "السرخسي" وإن أفتى به "الشهاب الشلي"؛ لمخالفته لما نص عليه الإمام "محمد" في "الجامع الكبير" ^(٨) و"السير الكبير" ^(٩)، ولما صرح به في هذه الكتب، ولإطلاق المتن أيضاً، فافهم.

(١) "البحر": كتاب الجنائز - فصل: السلطان أحق بصلاته ٢/٢٠٥.

(٢) "المنح": كتاب الصلاة ١/ق ٧٦/ب.

(٣) "التقرير والتحجير": المقالة الثانية - الباب الأول - الفصل الثاني في المحاكم ١١٢/٢.

(٤) "شرح السير الكبير": باب: بيان الوقت الذي يتمكن المستأمن فيه من الرجوع إلى أهله ١٨٧٧/٥.

(٥) في الأصل: ((خطأ بعض من أصحابنا)).

(٦) أي: في "شرح السير الكبير": باب بيان الوقت الذي يتمكن المستأمن فيه من الرجوع إلى أهله ١٨٧٠/٥ بتصرف.

(٧) "جامع الرموز": كتاب النكاح - باب نكاح القن ٢٩٥/١.

(٨) "الجامع الكبير": كتاب النكاح - باب النكاح في الفرقة في المجهوب وغيره ص ٩٤ - بتصرف.

(٩) انظر "شرح السير الكبير": باب: بيان الوقت الذي يتمكن المستأمن فيه من الرجوع إلى أهله ١٨٧٧/٥.

ولو حكماً، بأن كان الصَّغِيرُ في دارنا والأبُ ثَمَّةً بخلافِ العكس.

(والجوسي ومثله) كَوَثْنِي.....

[١٢٦٦٥] (قوله: ولو حكماً) أي: سواء كان الاتحاد حقيقةً وحكماً - كأن يكون خير الأبوين مع الولد في دار الإسلام أو في دار الحرب - أو كان حكماً فقط كما مثَّلَ به "الشَّارح". واحتَرَزَ عن اختلافهما حقيقةً وحكماً، بأن كان الأبُ في دارنا والصَّغِيرُ ثَمَّةً، وإليه أشارَ بقوله: ((بخلافِ العكس)) اهـ "ح" ^(١).

قلت: وما في "الفتح" ^(٢) من جعله حكمَ العكسِ كما قبله قال في "البحر" ^(٣): ((إنَّه سهوٌ)).

[١٢٦٦٦] (قوله: والجوسي شرٌّ من الكتابي) قال في "النهر" ^(٤): ((أردفَ هذه الجملةَ لبيان أنَّ أحدَ الأبوين لو كان كتائباً والآخرُ مجوسياً كان الولدُ كتائباً، نظراً له في الدنيا لاقترابه من المسلمين بالأحكام من جلِّ الذبيحةِ والمناكحةِ، وفي الآخرةِ من نُقصانِ العقابِ، كذا في "الفتح" ^(٥)، يعني: أنَّ الأصلَ بقاؤه بعدَ البلوغِ على ما كان [٣/١٥٥ق/ب] عليه، وإلا فإطفالُ المشركين في الجنةِ، وتوقَّفَ فيهم "الإمام" كما مرَّ ^(٦). ولم يُدخله في حيزِ الجملةِ الأولى تحامياً عما وَقَعَ في بعضِ العبارات من إطلاقِ الخيرِ على الكتابي، بل الشَّرُّ ثابتٌ فيه، غيرَ أنَّ المجوسيَّ شرٌّ)) اهـ.

وعلى هذا فقوله: ((والولدُ يتبعَ خيرَ الأبوين ديناً)) المرادُ به دينُ الإسلامِ فقط؛ لئلاً تتكرَّرَ الجملةُ الثانيةُ، فإنه ليس المرادُ منها مجردَ بيانِ أنَّ المجوسيَّ شرٌّ من الكتابي؛ إذ لا دخلَ له في بحثه، بل المرادُ بيانُ لازمه المقصودُ هنا، وهو تبعيةُ الولدِ لأخفهما شرّاً، فتحلُّ مناكحتهُ

(١) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٧١/أ.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٨٧/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٥/٣.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٤/أ.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح - باب نكاح أهل الشرك ٢٨٧/٣.

(٦) "در" ١٩٢/٥.

وسائر أهل الشرك (شرٌّ من الكتابي) والنصراني شرٌّ من اليهودي في الدارين؛ لأنه لا ذبيحة له، بل يَحْنُقُ كمجوسي، وفي الآخرة.....

وذبيحته، وإنما لم يكتَفَ عنها بالجملة الأولى - بأن يُرادَ بالدِّينِ الأعمَّ - تحامياً عن إطلاقِ الخيرية على غيرِ دِينِ الإسلام، فافهم.

[١٢٦٦٧] (قوله: وسائر أهل الشرك) ممن لا دين له سماوياً.

[١٢٦٦٨] (قوله: والنصراني شرٌّ من اليهودي) كذا نقله في "البحر" ^(١) عن "البرزائية" ^(٢) و"الخبازية"، ونقل عن "الخلاصة" ^(٣) عكسه، ثم قال ^(٤): ((إنه يلزم على الأول كون الولد المتولد من يهودية نصراني أو عكسه تبعاً لليهودي لا النصراني)) اهـ، أي: وليس بالواقع، "نهر" ^(٥).

قلت: بل مقتضى كلام "البحر" أنه الواقع؛ لأنه قال ^(٦): ((إن فائدته خفة العقوبة في الآخرة وكذا في الدنيا؛ لما في أضحية "اللولو الجنية" ^(٧): يكره الأكل من طعام المجوسي والنصراني؛ لأن المجوسي يطبخ المنخقة والموقودة والمتريفة، والنصراني لا ذبيحة له، وإنما يأكل ذبيحة المسلم أو يَحْنُقُ، ولا بأس بطعام اليهودي؛ لأنه لا يأكل إلا من ذبيحة اليهودي أو المسلم اهـ. فعلم أن النصراني شرٌّ من اليهودي في أحكام الدنيا أيضاً)) اهـ كلام "البحر".

[١٢٦٦٩] (قوله: لأنه لا ذبيحة له) أي: لا يذبح بدليل قوله: ((بل يَحْنُقُ))، وليس المراد أنه لو ذبح لا تؤكل ذبيحته؛ لمُنَافَاقَتِهِ لِمَا تَقَدَّمَ ^(٨) أوَّلَ كتاب النكاح من حِلِّ ذبيحته ولو قال:

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٥/٣-٢٢٦.

(٢) "البرزائية": كتاب السير - الباب الرابع في المرتد - الفصل الخامس في الإقرار بالكفر ٣٣١/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "خلاصة الفتاوى": كتاب ألفاظ الكفر - الفصل الثاني في ألفاظ الكفر - الجنس الخامس في الإقرار بالكفر صريحاً وكناية ق ٣١٨/أ.

(٤) أي: في "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٥/٣-٢٢٦.

(٥) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٤/أ.

(٦) أي: في "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٦/٣ بتصرف.

(٧) "اللولو الجنية": كتاب الصيد والذبائح والأضحية - الفصل الخامس في المسائل المتفرقة ق ١٠٥/أ بتصرف.

(٨) المقولة [١١٣٩١] قوله: ((على المذهب)).

أشدُّ عذاباً. وفي "جامع الفصولين"^(١): ((لو قال: النَّصْرَانِيَّةُ خَيْرٌ مِنَ الْيَهُودِيَّةِ أوِ الْجُوسِيَّةِ كَفَرَ))؛ لإثباتِهِ الْخَيْرَ لِمَا قُبِحَ بِالْقَطْعِيِّ،.....

المسيحُ ابنُ الله، "ح"^(٢).

[١٢٦٧٠] (قوله: أشدُّ عذاباً) لأنَّ نزاعَ النَّصَارَى في الإلهيَّاتِ ونزاعَ الْيَهُودِ في النُّبُوَّاتِ، وقوله تعالى: ﴿وَقَالَتِ الْيَهُودُ عِزِّيُّرَ بْنَ اللَّهِ﴾ [التوبة- ٣٠] كلامٌ طائفةٌ منهم قليلةٌ كما [١/١٥٦ق/٣] صرَّحَ به في التفسير^(٣)، وقوله تعالى: ﴿لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَدَاوَةً﴾ الآية [المائدة- ٨٢] لا يردُّ؛ لأنَّ البحثَ في قوَّةِ الكفرِ وشدَّته لا في قوَّةِ العداوةِ وضعفها. اهـ "بِرَازِيَّة"^(٤).

[١٢٦٧١] (قوله: كَفَرَ إلخ) قال في "البحر"^(٥): ((هذا يقتضي أَنَّهُ لو قال: الْكُتَابِيُّ خَيْرٌ مِنَ الْجُوسِيِّ يَكْفُرُ، مع أَنَّ هذه العبارة وَقَعَتْ في "المحيط" وغيره، إلَّا أَنَّ يُقَالُ بِالْفَرْقِ، وهو الظَّاهِرُ؛ لأنَّهُ لا خَيْرِيَّةَ لِإِحْدَى الْمِلَّتَيْنِ - أي: الْيَهُودِيَّةِ وَالنَّصْرَانِيَّةِ - على الأخرى في أَحْكَامِ الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، بخلاف الْكُتَابِيِّ بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْجُوسِيِّ لِلْفَرْقِ بَيْنَ أَحْكَامِهِمَا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ)) اهـ.

قلت: وهذا كلامٌ غيرُ محرَّرٍ، أمَّا أَوَّلُ فَلأنَّهُ مُخَالَفٌ لِمَا حَرَّرَهُ مَنْ أَنَّ النَّصْرَانِيَّ شَرٌّ مِنَ الْيَهُودِيِّ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ كما تقدَّم^(٦)، وأمَّا ثانياً فَلأنَّ عِلَّةَ الْإِكْفَارِ هِيَ إِبْثَاتُ الْخَيْرِ لِمَا قُبِحَ قطعاً لا لعدم خَيْرِيَّةِ إِحْدَى الْمِلَّتَيْنِ على الأخرى؛ لأنَّهُ لو كانت الْعِلَّةُ هذه لم يَلَزَمُ الْإِكْفَارُ، وحينئذٍ فالقولُ بأنَّ النَّصْرَانِيَّةَ خَيْرٌ مِنَ الْيَهُودِيَّةِ مثلُ القولِ بأنَّ الْكُتَابِيَّ خَيْرٌ مِنَ الْجُوسِيِّ؛ لأنَّ فِيهِ إِبْثَاتُ الْخَيْرِيَّةِ لَهُ مع أَنَّهُ لا خَيْرَ فِيهِ قطعاً، وإنَّ كَانَ أَقْلٌ شَرّاً، فالظَّاهِرُ عَدَمُ الْفَرْقِ بَيْنَ الْعِبَارَتَيْنِ،

(١) "جامع الفصولين": الفصل الثامن والثلاثون في مسائل كلمات الكفر ٣١٣/٢ وليست فيه: ((اليهودية)).

(٢) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١/١٧١.

(٣) في "د" زيادة: ((كذا في "النهر"، "ح")). ق ١/١٧١.

(٤) "البرازية": كتاب السر - الباب الرابع في المرتد - الفصل الخامس في الإقرار بالكفر ٣٣١/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٢٥/٣ بتصرف.

(٦) المقولة [١٢٦٦٨] قوله: ((والنصراني شر من اليهودي)).

لكن وردَ في السُّنة: ((أَنَّ المَجُوسَ^(١) أَسْعَدُ حَالَةً مِنَ الْمُعْتَزَلَةِ))^(٢)؛ لِإثباتِ المَجُوسِ...

وَأَنَّ مَا فِي "الْمَحِيط" وَغَيْرِهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَا يَكْفُرُ بِذَلِكَ، وَلَعَلَّ وَجْهَهُ أَنَّ لَفْظَ ((خَيْرٍ)) قَدْ يُرَادُّ بِهِ مَا هُوَ أَقْلُ ضَرَرًا كَمَا يُقَالُ فِي الْمَثَلِ: ((الرَّمْدُ خَيْرٌ مِنَ الْعَمَى))، وَكَقَوْلِ الشَّاعِرِ: [طويل]

وَلَكِنْ قَتَلَ الْحُرَّ خَيْرٌ مِنَ الْأَسْرِ^(٣)

ثُمَّ رَأَيْتُ فِي آخِرِ "المصباح"^(٤): ((أَنَّ الْعُلَمَاءَ قَدْ يَقُولُونَ: هَذَا أَصَحُّ مِنْ هَذَا وَمَرَادُهُمْ أَنَّهُ أَقْلُ ضَعْفًا، وَلَا يُرِيدُونَ أَنَّهُ صَحِيحٌ فِي نَفْسِهِ)) اهـ. وَهَذَا عَيْنٌ مَا قُلْتُهُ، وَلِلَّهِ الْحَمْدُ.
وَحِينَئِذٍ فَالْقَوْلُ بِالْإِكْفَارِ مَبْنِيٌّ عَلَى إِرَادَةِ ثُبُوتِ الْخَيْرِيَّةِ سَوَاءً اسْتَعْمِلَ أَفْعَلُ التَّفْضِيلِ عَلَى بَابِهِ أَوْ أُرِيدَ أَصْلُ الْفِعْلِ كَمَا فِي ((أَيُّ الْفَرِيقَيْنِ خَيْرٌ)) [مریم-٧٣]، وَالْقَوْلُ بَعْدِيَّةٌ مَبْنِيٌّ عَلَى مَا قُلْنَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

[١٢٦٧٢] (قَوْلُهُ: لَكِنْ وَرَدَ فِي السُّنَّةِ إِنْجَاحُ يَوْمِهِمْ أَنَّ هَذَا حَدِيثٌ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، وَعِبَارَةُ "الْبِرَازِيَّةِ"^(٥)): ((وَالْمَذْكُورُ فِي كِتَابِ أَهْلِ السُّنَّةِ إِنْجَاحُ)). وَوَجْهُُ الاسْتِدْرَاكِ: أَنَّ تَعْبِيرَ عُلَمَاءِ أَهْلِ السُّنَّةِ وَالْجَمَاعَةِ بِذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى جَوَازِ الْقَوْلِ بِأَنَّ النُّصْرَانِيَّةَ خَيْرٌ [٣/١٥٦ق/ب] مِنَ الْيَهُودِيَّةِ، وَبِأَنَّ الْكِتَابِيَّ خَيْرٌ مِنَ الْمَجُوسِيِّ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِثْبَاتُ أَسْعَدِيَّةِ الْمَجُوسِ وَخَيْرِيَّتِهِمْ عَلَى الْمُعْتَزَلَةِ، قَالَ فِي "الْبِرَازِيَّةِ"^(٦): ((أُجِيبَ عَنْهُ بِأَنَّ النُّهْيَ عَنْهُ هُوَ كَوْنُهُمْ خَيْرًا مِنْ كَذَا مُطْلَقًا، لَا كَوْنُهُمْ أَسْعَدَ حَالًا

(١) فِي "د" وَ"و" وَ"ط": ((الْمَجُوسِيِّ)).

(٢) لَا يَخْفَى مَا فِي هَذَا الْكَلَامِ مِنَ الْبَطْلَانِ وَالْمُبَالَغَةِ، فَإِنَّ الْمُعْتَزَلَةَ فَرَقَتْ مُسْلِمَةً مُوحَّدَةً ضَلُّوا الطَّرِيقَ وَهُمْ مُتَأَوِّلُونَ، يَسْعَوْنَ إِلَى التَّوْحِيدِ وَالتَّنْزِيهِ، عَلَى حِينِ أَنَّ الْمَجُوسَ مُشْرِكُونَ كُفْرًا بِالْإِجْمَاعِ.

(٣) لَمْ نَقِفْ عَلَى قَائِلِهِ.

(٤) "المصباح": الْخَاتَمَةُ - فَصْل: قَوْلُهُمْ: ((زَيْدًا أَعْلَى مِنْ عَمْرُو)) ص ٧٠.

(٥) "الْبِرَازِيَّةِ": كِتَابُ السِّرِّ - الْبَابُ الرَّابِعُ فِي الْمُرْتَدِّ - الْفَصْلُ الْخَامِسُ فِي الْإِقْرَارِ بِالْكُفْرِ ٣٣١/٦ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةِ").

(٦) "الْبِرَازِيَّةِ": كِتَابُ السِّرِّ - الْبَابُ الرَّابِعُ فِي الْمُرْتَدِّ - الْفَصْلُ الْخَامِسُ فِي الْإِقْرَارِ بِالْكُفْرِ ٣٣١/٦ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةِ").

خالقين فقط، وهؤلاء خالقاً لا عدداً له، "بَرَّازِيَّةٌ" ^(١) و"نهر" ^(٢).

(ولو تَمَحَّسَ أبو صغيرة نصرانيَّة تحت مسلم).....

٣٩٥/٢

بمعنى: أقلُّ مكابرةٍ وأدنى إثباتاً للشُّرك؛ إذ يجوز ^(٣) أن يقال: كفر بعضهم أخفُّ من بعض، وعذابُ بعضٍ أدنى من بعضٍ وأهون، أو الحال. بمعنى الوصف، كذا قيل، ولا يَتِمُّ)) اهـ، أي: لا يَتِمُّ هذا الجواب؛ لأنه إذا صحَّ تأويلُ هذا بما ذُكِرَ صحَّ تأويلُ ذلك بمثله، وكونُ ((أسعد)) مُسنداً إلى الحال؛ لأنه فاعلٌ معنًى، أو كونُ الحال بمعنى الوصف لا يُفيد، قال في "النهر" ^(٤): ((لكنَّ مقتضى ما مرَّ ^(٥) عن "جامع الفصولين" القول بالكفر في الصورتين، وهو الموافق للتعليل الأول، وكأنَّه الذي عليه المعلول)) اهـ.

وفيه أنَّ ما مرَّ عن "الفصولين" مع تعليله هو محلُّ النزاع، فالتحريرُ أنَّ في المسألة قولين، وأنَّ الذي عليه المعلولُ الجواز؛ لما سمعتَ من وقوعه في كلامهم.

[١٢٦٧٣] (قوله: خالِقَيْنِ) هما النورُ المسمَّى بِزَدَانٍ، والظلمةُ المسماةُ أَهْرَمَنْ ^(٦)، "ح" ^(٧).

[١٢٦٧٤] (قوله: خالِقاً لا عدداً له) أي: حيث قالوا: إنَّ الحيوانَ يَخْلُقُ أفعاله الاختيارية،

"ح" ^(٨).

قلت: وتكفيرُ أهلِ الأهواء فيه كلامٌ، والمُعتمدُ خلافه، كما سيأتي ^(٩) بسطه إن شاء الله

تعالى في البُغاة.

(١) "بَرَّازِيَّةٌ": كتاب السير - الباب الرابع في المرتد وما يصير الكافر به مسلماً - الفصل الخامس في الإقرار بالكفر

٣٣١/٦ (هامش الفتاوى الهندية).

(٢) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٤/أ.

(٣) في "٣": ((لا يجوز))، وهو خطأ.

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٤/أ.

(٥) "در" ص ٦٦٠.

(٦) في "ب": ((أهرمز))، وهو خطأ.

(٧) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٧١/أ.

(٨) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٧١/أ.

(٩) المَقُولَةُ [٢٠٥٦٠] قوله: ((كما حققه في "الفتح")).

بَانَتْ بِلا مَهْرٍ (و) لَوْ^(١) كَانَ (قَدْ مَاتَتْ الْأُمُّ نَصْرَانِيَّةً) مَثَلًا، وَكَذَا عَكْسُهُ
(لَمْ تَبِنْ) لَتَنَاهِي التَّبَعِيَّةِ.....

[١٢٦٧٥] (قَوْلُهُ: بَانَتْ) أَي: إِنَّ تَمَحَّسَّتِ الْأُمُّ أَيْضًا، وَلَا حَاجَةَ إِلَى هَذِهِ الزِّيَادَةِ مَعَ هَذَا
الِإِيهَامِ، وَالْأَحْسَنُ إِبْقَاءُ الْمَتْنِ عَلَى حَالِهِ، وَأُظُنُّ أَنَّ "الشَّارَحَ" زَادَ أَلْفًا فِي قَوْلِ الْمَتْنِ: ((أَبُو
صَغِيرَةٍ)) فَصَارَ: ((أَبَوَا)) بِلَفْظِ الثَّنِيَّةِ، فَاسْقَطَهَا النَّسَاجُ، فَلْتَرَجَعَ النَّسَخُ.
وَذَكَرَ "ط"^(٢) عَنْ "الْهِنْدِيَّةِ"^(٣): ((أَنَّ مِثْلَ الصَّغِيرَةِ مَا إِذَا بَلَغَتْ مَعْتُوهُ؛ لِبَقَائِهَا تَابِعَةً لِلْأَبَوَيْنِ
فِي الدِّينِ^(٤)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْمَعْتُوهِ إِسْلَامٌ بِنَفْسِهَا حَقِيقَةً، فَكَانَتْ مَمْنُوزَةً الصَّغِيرَةِ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ)).
[١٢٦٧٦] (قَوْلُهُ: بِلا مَهْرٍ) أَي: إِنَّ لَمْ يَدَخُلْ بِهَا، "ح"^(٥).
[١٢٦٧٧] (قَوْلُهُ: مَثَلًا) رَاجِعٌ إِلَى قَوْلِهِ: ((مَاتَتْ))، أَي: أَنَّ الْمَوْتَ غَيْرُ قَيْدٍ، أَوْ إِلَى قَوْلِهِ:
((نَصْرَانِيَّةٌ))، أَي: أَوْ يَهُودِيَّةً.
[١٢٦٧٨] (قَوْلُهُ: وَكَذَا عَكْسُهُ) بَأَنَّ تَمَحَّسَّتْ أُمُّهَا بَعْدَ أَنْ مَاتَ أَبُوهَا نَصْرَانِيًّا، "ح"^(٦).
[١٢٦٧٩] (قَوْلُهُ: لَتَنَاهِي التَّبَعِيَّةِ^(٧)) أَي: انْتِهَاءُ تَبَعِيَّةِ الْوَلَدِ لِلْأَبَوَيْنِ.

(قَوْلُهُ: أَي إِنَّ تَمَحَّسَّتِ الْأُمُّ إلخ) أَوْ كَانَتْ غَيْرَ كِتَابِيَّةٍ.
(قَوْلُهُ: أَي انْتِهَاءُ تَبَعِيَّةِ الْوَلَدِ لِلْأَبَوَيْنِ) حَقُّهُ: لِلْبَاقِي مِنَ الْأَبَوَيْنِ.

(١) فِي "ب" : ((أَوْ لَوْ)).

(٢) "ط" : كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ ٨٧/٢.

(٣) "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةُ" : كِتَابُ النِّكَاحِ - الْبَابُ الْعَاشِرُ فِي نِكَاحِ الْكَافِرِ ٣٤٠/١.

(٤) عِبَارَةٌ "الْهِنْدِيَّةُ" : ((لِلْأَبَوَيْنِ وَالِدَارِ فِي الدِّينِ)).

(٥) "ح" : كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ ق ١٧١/أ.

(٦) "ح" : كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ ق ١٧١/أ.

(٧) ((التَّبَعِيَّةُ)) سَاقِطَةٌ مِنْ "الْأَصْلِ".

موت أحدهما ذمياً أو مسلماً أو مرتدّاً، فلم تبطل بكفر الآخر، وفي "المحيط": ((لو ارتدّا لم تبن ما لم يلحقا، ولو بلغت عاقلة مسلمة ثم جنت، فارتدّا.....

[١٢٦٨٠] (قوله: بموت أحدهما ذمياً إلخ) أي: إذا مات أحد [١/١٥٧ق/٣] الكتابين ذمياً أو مسلماً، ثم تمحس الباقي منهما لا يتبعه الولد، وكذا لو مات أحدهما مرتدّاً؛ لأنّ حكم المرتد الجبر على الإسلام، فله حكم المسلم، حتّى إنّ كسب إسلامه يرثه وارثه المسلم، فهو أقرب إلى الإسلام من الكتابي وغيره، قال في "البحر"^(١): ((ولو مات أحد الأبوين في دارنا مسلماً أو مرتدّاً، ثم ارتد الآخر ولحق بها بدار الحرب لم تبن، ويصلى عليها إذا ماتت؛ لأنّ التبعية حكم تناهى بالموت مسلماً، وكذا بالموت مرتدّاً؛ لأنّ أحكام الإسلام قائمة)).

[١٢٦٨١] (قوله: فلم تبطل) أي: التبعية ((بكفر الآخر))، قال "ط"^(٢): ((والأولى أن يقول: بمحس الآخر؛ لأنّه كان أولاً كافراً، غاية الأمر أنّه انتقل إلى حالة من الكفر شر من التي كان عليها، بقي أن يقال: إنّ التبعية إنّما تناهت وانقطعت عمّن بقي من الوالدين بمحسبه لا بموت أحدهما؛ لأنّه لو أسلم من بقي تبعته ابنته)) اهـ.

والجواب: أنّ المراد انقطاع التبعية عن الباقي منهما إذا^(٣) انتقل إلى حالة دون التي كان عليها؛ لما تقرر أنّ الولد إنّما يتبع خير الأبوين ديناً أو أحفهما شراً، فالمراد بالتبعية المتناهية هذه، فافهم.

[١٢٦٨٢] (قوله: لم تبن) لأنّ البنت مسلمة تبعاً لهما وتبعاً للدار، "بجر"^(٤).

[١٢٦٨٣] (قوله: ما لم يلحقاً) أي: بالبنت، فإنّ لحقاً بها بدار الحرب بانّت؛ لانقطاع حكم

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٣/٣.

(٢) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٧/٢.

(٣) في "ب": ((إذ)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٣/٣.

لم تَبِنْ مطلقاً. مسلمٌ تحته نصرانيّةٌ.....

الدَّارُ، "بجر"^(١)، أي: بَانتَ مِنْ زوجها للتبائن الدَّارين، ولأنَّها صارتْ مُرتدَّةً تبعاً لهما، قال في "شرح تلخيص الجامع الكبير": ((وهذا بخلاف ما إذا كانت الصَّغِيرَةُ تَعْقِلُ وتُعَبِّرُ عن نفسها، حيث لا تَبِينُ وإنَّ لِحَقًا بها إلا إذا ارتدَّتْ بنفسِها، فحينئذٍ تَبِينُ عندهما خلافاً لـ "أبي يوسف" اهـ، فتأمَّلْهُ مع ما قدَّمنا^(٢) من أنَّ التَّبِعَةَ لا تَنْقَطِعُ قَبْلَ البلوغِ.

وفيدنا بلحاظهما بالبنات؛ لأنَّه إذا لِحَقًا وتركها فإنَّها لا تَبِينُ كما قدَّمناه^(٣) عن "شرح التحرير"، قال في "النهر"^(٤): ((في الفرقِ بين ما لو تَمَحَّسَّا أو ارتدَّا تأمَّلْ، فتدبَّرْ)) اهـ.

قلت: الفرقُ ظاهرٌ، وهو أنَّ البنتَ بارتدادِ أبيها المسلمِ تبقى مسلمةً تبعاً لهما وللدَّارِ؛ لأنَّ المرتدَّ مسلمٌ حكماً لِحَبْرِهِ على الإسلام، فلذا لم تَبِنْ مِنْ زوجها ما لم يَلْحَقًا بها للتبائن وانقطاع ولاية الجبرِّ، بخلاف تَمَحُّسِ أبيها النصرانيِّ؛ لأنَّها تُتَبَّعُها في التَمَحُّسِ لعدم جبرِّهما على العودِ إلى [١٥٧/٣] النصرانيَّة، فصار كارتدادِ المسلمِ مع لحاقهما، ولا يمكنُ تَبَعِيَّتُها للدَّارِ مع بقاء تَبَعِيَّةِ الأبوين، فلذا بَانتَ مِنْ زوجها، فتدبَّرْ.

[١٢٦٨٤] (قوله: لم تَبِنْ مطلقاً) أي: سواءَ لِحَقًا بها أو لا؛ لأنَّها مسلمةٌ أصالةً لا تبعاً، وكذلك الصَّبيَّةُ العاقلةُ أَسْلَمَتْ ثُمَّ حُنَّتْ؛ لأنَّها صارتْ أصلاً في الإسلام، "بجر"^(٥) عن "المحيط".

(قوله: فتأمَّلْهُ مع ما قدَّمنا مِنْ أنَّ التَّبِعَةَ لا تَنْقَطِعُ قَبْلَ البلوغِ إلخ) لا مُخالَفةَ بين ما هنا وما تقدَّم؛ لاختلافِ موضوعيهما، فما تقدَّم لَمَّا كانت التَّبِعَةُ فيها النَّفْعُ للصَّغِيرِ قالوا: لا تَنْقَطِعُ إلا بالبلوغِ بدوْنِ اعتبارِ التَّمييزِ وعَدْوِهِ، وما هنا لَمَّا كان في التَّبِعَةِ إضرارٌ به اشترطوا فيها عَدَمَ التَّمييزِ، واعتبروا المميَّزَ كالبالغِ في انقطاعِها.

(١) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٣/٣.

(٢) المقلوبة [١٢٦٦٤] قوله: ((والولد يتبع خير الأبوين ديناً)).

(٣) المقلوبة [١٢٥٨٨] قوله: ((بل يعرض الإسلام على أبويه)).

(٤) "النهر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٩٥/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٢٣٣/٣.

فَتَمَجَّسًا أَوْ تَنَصَّرًا بَأْنْتُمْ)).

(ولا) يصح^(١) (أَنْ يَنْكِحَ مرتدًّا أو مرتدةً أحدًا) من الناس مطلقًا.
(أَسْلَمَ) الكافر (وتَحْتَهُ خَمْسُ نِسْوَةٍ فِصَاعِدًا، أَوْ أُخْتَانِ، أَوْ أُمٌّ وَبَنَّتُهُا بَطْلَ
نِكَاحُهُنَّ إِنْ تَزَوَّجَهُنَّ بَعْدَ وَاحِدٍ، فَإِنْ رَتَّبَ فَالْآخِرُ) باطل،.....

[١٢٦٨٥] (قوله: فَتَمَجَّسًا) أي: المسلم وزوجته النصرانية معًا، وقوله: ((أَوْ تَنَصَّرًا)) صوابه: أَوْ تَهَوَّدًا؛ لِأَنَّ مَوْضُوعَ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الزَّوْجَةَ نَصْرَانِيَّةً، قَالَ فِي "النَّهْرِ"^(٢): ((قَيَّدَ بِالرَّدِّ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ لَوْ كَانَ تَحْتَهُ نَصْرَانِيَّةً فَتَهَوَّدًا وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا اتِّفَاقًا، وَاخْتَلَفَ "الشَّيْخَانِ" فِيمَا لَوْ تَمَجَّسًا، قَالَ "أَبُو يُونُسَ": تَقَعُ، وَقَالَ "مُحَمَّدٌ": لَا تَقَعُ، لـ "أَبِي يُونُسَ": أَنَّ الزَّوْجَ لَا يَقْرَأُ عَلَى ذَلِكَ وَالْمَرْأَةُ تَقْرَأُ، فَصَارَ كَرَدِّ الزَّوْجِ وَحْدَهُ، وَفَرَّقَ "مُحَمَّدٌ" بَأَنَّ الْمَجُوسِيَّةَ لَا تَحِلُّ لِلْمُسْلِمِ، فَوَاحِدَتُهَا كَالْإِتِّدَادِ)) اهـ، أي: فَكَأَنَّهُمَا ارْتَدَّا مَعًا.

ثُمَّ الَّذِي فِي "الْبَحْرِ"^(٣) عَنْ "الْحَيْطِ" تَأْخِيرُ تَعْلِيلِ "أَبِي يُونُسَ"، وَظَاهِرُهُ اعْتِمَادُهُ، وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِهِ فِي "الْفَتْحِ"^(٤) أَيْضًا: ((تَقَعُ الْفُرْقَةُ عِنْدَ "أَبِي يُونُسَ" خِلَافًا لـ "مُحَمَّدٍ")), فَلِذَا جَرَّمَ بِهِ "الشَّارِحُ".

٣٩٦/٢

[١٢٦٨٦] (قوله: مُطْلَقًا) أي: مسلمًا أو كافرًا أو مُرْتَدًّا، وَهُوَ تَأْكِيدٌ لِمَا فُهِمَ مِنَ النِّكَاحِ

(قوله: وَقَوْلُهُ: أَوْ تَنَصَّرًا، صَوَابُهُ: أَوْ تَهَوَّدًا؛ لِأَنَّ مَوْضُوعَ الْمَسْأَلَةِ الْإِخ) قَالَ "الرَّحْمَنِيُّ": ((يُجَابُ: بَأَنَّ مَعْنَى تَنَصَّرًا: صَارَا نَصْرَانِيَيْنِ بَعْدَ أَنْ كَانَ أَحَدُهُمَا نَصْرَانِيًّا.

(قوله: قَيَّدَ بِالرَّدِّ الْإِخ) أي: فِي قَوْلِ "الْكُتْر": ((وَإِنْ ارْتَدَّا، أَوْ أَسْلَمَا لَمْ تَبْنِ)).

(قَوْلُ "الشَّارِحِ": بَأْنْتُمْ) لِأَنَّ سَبَبَ الْفُرْقَةِ جَاءَ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ خَاصَّةً، وَالْمَرْأَةُ كَافِرَةٌ الْأَصْلُ، غَيْرَ أَنَّ "مُحَمَّدًا" يَقُولُ: إِنَّ تَمَجُّسَهَا بِمَنْزِلَةِ الرَّدِّ؛ لِأَنَّهَا أَحْدَثَتْ زِيَادَةً صِفَةٍ فِي الْكُفْرِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ إِحْدَاثِ أَصْلِ الْكُفْرِ.

(١) فِي "ب" وَ"ط": ((يُصْلَحُ)).

(٢) "النَّهْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ ١٩٥/ب.

(٣) "الْبَحْرُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ ٢٣٢/٣.

(٤) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - بَابُ نِكَاحِ أَهْلِ الشِّرْكِ ٢٩٩/٣.

وَحَيْرَهُ "حَمْدٌ" و"الشَّافِعِيُّ" عملاً بحديث "فيروز"، قلنا: كان تحييره في التزوُّج بعد الفرقة.....

في النفي، "ح" (١).

(١٢٦٨٧) (قوله: وَحَيْرَهُ "حَمْدٌ") أي: حَيَّرَ "حَمْدٌ" هذا الذي أَسْلَمَ في اختيارِ الأربع مطلقاً، أي: أربع نِسوةٍ أي أربع كَانَتْ، وَحَيْرَهُ أيضاً في اختيارِ أيِّ الأختين شاء، والبنت، أي: يختارُ البنتَ في هذه الصُّورة لا الأمَّ، أو يَتَرَكُهما جميعاً؛ لِأَنَّهُ رُوِيَ: «أَنَّ "عَيَّلَانَ الدَّيْلَمِيَّ" أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ عَشْرُ نِسوةٍ أَسْلَمْنَ مَعَهُ، فَحَيْرَهُ النَّبِيُّ ﷺ، فَاخْتَارَ أَرْبَعاً مِنْهُنَّ» (٢)، وكذا "فيروز الدَّيْلَمِيَّ" «أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ أُخْتَانِ، فَحَيْرَهُ فَاخْتَارَ إِحْدَاهُمَا» (٣)، وَإِنَّمَا يَخْتَارُ البنتَ؛ لِأَنَّ نِكَاحَهَا أَمْنَعُ فِي نِكَاحِ الأمِّ مِنْ نِكَاحِ الأمِّ لَهَا، وَلِهَذَا أُنْهِيَ عَنْ هَذِهِ الْأَنْكِحَةِ فَاسِدَةً، لَكِنْ لَا تَعْرِضُ لَهُمْ؛ لِأَنَّا أَمَرْنَا بِتَرَكِهِمْ وَمَا يَدِينُونَ، فَإِذَا أَسْلَمُوا يَجِبُ التَّعْرِضُ، وَتَحْيِيرُ "عَيَّلَانَ" و"فيروز" كان في التزوُّج بعد الفرقة،

(١) "ح": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر في ١٧١/ب. وفيه: ((من عموم التكرة في النفي)).

(٢) أخرجه مالك ٥٨٢/٢ كتاب الطلاق - باب جامع الطلاق، وأحمد ٤٤٠١٤-٤٤٠٨٣، وعبد الرزاق في "المصنف" (١٢٦٢١)، والترمذي (١١٢٨) كتاب النكاح - باب في الرجل يسلم وعنده أختان، وقال: هذا حديث حسن، وابن ماجه (١٩٥٣) كتاب النكاح - باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نِسوة، والطبراني في "الكبير" (١٣٢٢١)، والدارقطني ٢٦٩/٣ كتاب النكاح - باب المهر، والحاكم في "المستدرک" ١٩٢/٢-١٩٣، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٨١-١٤٩/٧، والطحاوي في "شرح معاني الآثار" ٢٥٢/٣-٢٥٣ كتاب الجنایات - باب الرجل يسلم في دار الحرب وعنده أكثر من أربع نِسوة، وابن حبان (٤١٥٧) كتاب النكاح - باب نكاح الكفار.

(٣) أخرجه أحمد ٢٣٢/٤، وعبد الرزاق (١٢٦٢٧)، وأبو داود (٢٢٤٣) كتاب الطلاق - باب في الرجل أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان، والترمذي (١١٢٩) (١١٣٠) كتاب النكاح - باب في الرجل يسلم وعنده أختان، وقال: حديث حسن، وابن ماجه (١٩٥٠) و(١٩٥١) كتاب النكاح - باب الرجل يسلم وعنده أختان، والطبراني في "الكبير" ١٨٠/١ (٨٤٤) و(٨٤٥)، والدارقطني ٢٧٣/٣ كتاب النكاح - باب المهر، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٨٤/٧ كتاب النكاح - باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نِسوة، وابن حبان (٤١٥٥) كتاب النكاح - باب نكاح الكفار، والطحاوي في "شرح معاني الآثار" ٢٥٥/٣ كتاب الجنایات - باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نِسوة. كلهم من حديث الضحاك بن فيروز، عن أبيه رضي الله عنهما.

(بَلَغَتِ الْمُسْلِمَةُ الْمُنْكَوْحَةُ وَلَمْ تَصِفِرِ الْإِسْلَامَ بَانَتْ) وَلَا مَهْرَ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُذَكَّرَ اللَّهُ تَعَالَى بِجَمِيعِ صِفَاتِهِ عِنْدَهَا وَتُقَرَّرَ بِذَلِكَ، وَتَمَامُهُ فِي "الْكَافِي"...

ح^(١) "عن" المنع^(٢). وقوله: ((فِي التَّرْوُجِ بَعْدَ الْفُرْقَةِ)) أَي: التَّرْوُجِ بَعْقِدٍ جَدِيدٍ.

وما ذَكَرَهُ فِي نِكَاحِ الْبِنْتِ إِنَّمَا هُوَ إِذَا لَمْ يَدْخُلْ بِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا، فَإِنْ دَخَلَ بِأَحَدَاهُمَا ثُمَّ تَزَوَّجَ الثَّانِيَةَ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ الدُّخُولَ مُحَرَّمٌ سَوَاءً كَانَ بِالْأَمِّ أَوِ الْبِنْتِ، وَإِنْ دَخَلَ بِالثَّانِيَةِ فَقَطْ فَإِنْ كَانَتِ الْأُمُّ يَظُنُّ نِكَاحُهَا جَمِيعاً اتِّفَاقاً؛ لِأَنَّ [١٥٨٩/٣] نِكَاحُ الْبِنْتِ يُحَرِّمُ الْأُمَّ، وَالدُّخُولَ بِالْأَمِّ يُحَرِّمُ الْبِنْتَ، وَإِنْ كَانَتِ الْبِنْتُ فَكَذَلِكَ عِنْدَهُمَا، إِلَّا^(٣) أَنْ لَهَا تَزَوُّجُ الْبِنْتِ دُونَ الْأُمِّ، وَعِنْدَ "مُحَمَّدٍ" نِكَاحُ الْبِنْتِ هُوَ الْجَائِزُ وَقَدْ دَخَلَ بِهَا، وَهِيَ أَمْرُئُهَا، وَنِكَاحُ الْأُمِّ بَاطِلٌ، كَذَا فِي "الْبِدَائِعِ"^(٤).

[١٢٦٨٨] (قوله: بَلَغَتِ الْمُسْلِمَةُ) سَمَّاهَا مُسْلِمَةً بِاعْتِبَارِ مَا كَانَ لَهَا قَبْلَ الْبُلُوغِ مِنَ الْحُكْمِ بِالْإِسْلَامِ تَبَعاً لِلْأَبْوِينِ، وَلِذَا قِيلَ: سَمَّاهَا "مُحَمَّدٌ" مُرْتَدَّةً. وقوله: ((بَانَتْ)) أَي: مِنْ زَوْجِهَا؛ لِأَنَّهَا لَمْ يَبْقَ لَهَا دَيْنُ الْأَبْوِينِ لَزَوَالِ التَّبَعَةِ بِالْبُلُوغِ، وَلَيْسَ لَهَا دَيْنٌ نَفْسِيَّهَا، فَكَانَتْ كَافِرَةً لَا مِلَّةَ لَهَا، كَذَا فِي "شَرْحِ التَّلْخِصِ".

[١٢٦٨٩] (قوله: وَتَمَامُهُ فِي "الْكَافِي")^(٥) حَيْثُ قَالَ: ((مُسْلِمٌ تَزَوَّجَ صَغِيرَةً نَصْرَانِيَّةً وَلَهَا أَبَوَانِ نَصْرَانِيَّانِ، فَكَبِّرَتْ وَهِيَ لَا تَعْقِلُ دِيناً مِنَ الْأَدْيَانِ وَلَا تَصِفُهُ، وَهِيَ غَيْرُ^(٦) مَعْتُوقةٍ، فَإِنَّهَا تَبَيَّنُ مِنْ زَوْجِهَا، وَكَذَلِكَ الصَّغِيرَةُ الْمُسْلِمَةُ إِذَا بَلَغَتْ عَاقِلَةً، وَهِيَ لَا تَعْقِلُ الْإِسْلَامَ وَلَا تَصِفُهُ، وَهِيَ غَيْرُ

(١) ح: "كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ق ١٧١/ب، دون عزو إلى المنع".

(٢) "المنع": كتاب النكاح - باب في بيان أحكام نكاح الكافر ١/ق ١٣٢/ب.

(٣) في "م": ((لا)).

(٤) "البدائع": كتاب النكاح - فصل: ثُمَّ كُلُّ عَقْدٍ إِذَا عَقَدَهُ الدَّيْمِي كَانَ فَاسِداً ٣١٥/٢.

(٥) انظر "الکافی": کتاب النکاح - باب نکاح الرقيق والكافر ق ١٢٤/أ.

(٦) (غيره) ساقطة من "الأصل".

معتوهة، بَأَنْتَ من زوجها، كذا في "المحيط"، ولا مهر لها قبل الدُّخُولِ، وبعده يجبُ المسمَّى، ويجبُ أنْ يُذَكَرَ اللَّهُ تعالى بجميع صفاته عندها، ويقال لها: أهو كذلك؟ فإنْ قالت: نعم حُكِمَ بإسلامها، وإنْ قالت: أعرفُهُ وأُقدِرُ على وصفه ولا أَصِفُهُ بَأَنْتَ، ولو قالت: لا أَقدِرُ على وصفه اِخْتُلِفَ فيه، ولو عَقَلَتِ الإسلامَ ولم تَصِفْهُ لم تَبَيَّنْ، وإنْ وَصَفَتْ المحوسية بَأَنْتَ عندهما خلافاً لـ "أبي يوسف"، وهي مسألة ارتداد الصبيِّ)) اهـ "ط"^(١).

وقوله: ((ولو عَقَلَتِ الإسلامَ)) أي: قبل البلوغ، مُحْتَرَزُ قوله: ((بَلَّغْتُ))، وإنما لم تَبَيَّنْ؛ لأنها مسلمة تبعاً لأبويها قبل البلوغ كما في "شرح التلخيص"، وبه استدلَّ على نفى وجوب أداء الإيمان على الصبيِّ، وتأمَّله في أوَّلِ الفصل الثاني من "شرح التحرير"^(٢).

وفي سبيلِ "أحكام الصغار"^(٣): ((أَنَّ قَوْلَهُ: يَعْقِلُ الإسلامَ - يعني: صفة الإسلام - يدلُّ على أنَّ مَنْ قال: لا إله إلاَّ الله لا يكون مسلماً حتَّى يَعْلَمَ صفةَ الإيمان، وكذلك إذا اشترى جاريةً واستوصفها الإسلامَ فلم تَعْلَمْ لا تكون مؤمنةً، وصفةُ الإيمانِ ما ذُكِرَ^(٤) في حديثِ جبريلَ عليه السَّلامُ: «أَنْ تُؤْمِنَ بالله، وملائكته، وكتبه، ورُسُلِهِ، واليومِ الآخرِ، والبَعَثِ بعدَ الموتِ، والقَدَرِ خيرِهِ وشرِّهِ من الله تعالى»^(٥))) اهـ، وقدَّمنا^(٦) في الجنازِ مثله عن "الفتح"، [٣/١٥٨ق/ب] والله أعلم.

(١) "ط": كتاب النكاح - باب نكاح الكافر ٨٨-٨٧/٢ بتصرف يسير.

(٢) انظر "التقرير والتحجير": المقالة الثانية في أحوال الموضوع - الباب الأول في الإحكام - الفصل الثاني في الحاكم ٩٠/٢.

(٣) "جامع أحكام الصغار": في مسائل الردة ٢٠٨/١.

(٤) في "م": ((ذكره)).

(٥) تقدم تحريجه ٣٢٢/٥.

(٦) المقولة [٧٥٥٩] قوله: ((أي: ابن سبع سنين)).

فهرس الموضوعات

الصحيفة

الموضوع

كتاب النكاح

٥ كتاب النكاح
٩ تنبيه: الحق في التمتع للرجل
١٣ تنبيه: لا تجوز المناكحة بين بني آدم والجن
١٨ حكم النكاح
٢١ مطلب: كثيراً ما يُتساهل في إطلاق المستحب على السنة
٢٥ ما يندب في النكاح
٢٦ تنبيه: البناء والنكاح بين العيدين جائز
٢٩ تمة: ويختار أيسر النساء خطبة ومؤنة
٣٠ حكم الرِّقَاف
٣١ ما ينعقد به النكاح
٤٢ ما لا ينعقد به النكاح
٤٤ مطلب: التزوج بإرسال كتاب
٤٥ تنبيه: لو جاء الزوج بالكتاب إلى الشهود مختوماً إلخ
٤٩ من شرائط الإيجاب والقبول
٥٠ فرع: قال: زوّجتك بنتي فسكت الخاطب
٥٤ تنبيه: لم يذكر اشتراط تمييز الرجل من المرأة وقت العقد إلخ
٥٦ الألفاظ التي يصحُّ بها عقد النكاح
٦٤ الألفاظ التي لا يصحُّ بها عقد النكاح
٦٦ مطلب: هل ينعقد النكاح بالألفاظ المصحّفة نحو: تجوّزت؟
٧٠ حكم الطلاق بالألفاظ المصحّفة

الموضوع	الصحيفة
تنبيه: على جواز العقد بلفظ ((أَزَوَّجْتُ))	٧٢
ما يشترط في عقد النكاح	٧٢
مطلب: الخصافُ كبير في العلم يجوز الاقتداء به	٧٥
مطلب: في عطف الخاصِّ على العام	٨١
فروع	٩٢
فصل في المحرّمات	
فصل في المحرّمات	٩٥
المحرّمات على الرجل	٩٧
تنبيه: دخل في المحرّمات بنت الملاعنة	١٠٠
المحرّمات بالمصاهرة	١٠٢
تنبيه: هل يحرمُ أصلُ الزنية وفرعُها رضاعاً؟	١٠٦
حكم الجمع بين المحارم	١٢٨
فرع: ماتت امرأته، له التزوج بأختها بعد يوم	١٢٩
تنبيه: لا يكفي الدليل المذكور لإثبات عموم حرمة الجمع بين المحارم إلخ. ..	١٣٢
تنبيه: إن عادت الموطوءة إلى ملكه بعد الإخراج إلخ.	١٣٥
مطلب: في وطء السّراري اللاتي يؤخذن غنيمة في زماننا	١٤٧
حكم نكاح الوثنية والكنائية	١٤٨
تنبيه: هل تجوز مناكحة من يقول: أنا مؤمن إن شاء الله تعالى؟	١٥٣
حكم نكاح المحرمة بحج أو عمرة	١٥٤
فرع: تزوّج أمة بغير إذن مولاه	١٥٨
حكم نكاح الحبلى من زناً	١٦١
مطلب: فيما لو زوّج المولى أمتَه	١٦٤

الموضوع	الصحيفة
حكم نكاح المتعة و النكاح المؤقت	١٧٠
باب الولي	
باب الولي	١٨١
تنبيه: تزويج الأب الصغير والصغيرة من غير كفاء	٢٣١
مطلب مهم: هل للعصبة تزويج الصغير امرأة غير كفاء له؟	٢٣١
مطلب: في فرق النكاح	٢٤٤
تنبيه: يشترط في المعتق ليلي النكاح أن يكون الولاء له	٢٦٠
مطلب: لا يصح تولية الصغير شيخاً على خيرات إلخ	٢٦١
تنبيه: إذا زوج القاضي اليتيمة ارتفع الخلاف	٢٧١
حكم تزويج الولي الأبعد بغيبة الأقرب	٢٧٤
باب الكفاءة	
باب الكفاءة	٢٨٦
تنبيه: هل الكفاءة معتبرة للزوج أيضاً؟	٢٨٧
ما تُعتبر الكفاءة فيه	٢٩١
الكفاءة بالنسب	٢٩٢
تنبيه: مولى المولاة لا يكافئ مولاة العتاقة	٣٠٠
الكفاءة بالدين	٣٠١
الكفاءة بالمال	٣٠٥
الكفاءة بالحرفة	٣٠٧
مطلب: في الوكيل والفضولي في النكاح	٣٢٢
تنبيه: للمعتق تزويج الصغيرة لنفسه و كذا بنوه و عصباته	٣٣٦

الموضوع الصحيفة

باب المهر

- باب المهر ٣٤٣
- ما يجب من المهر بطلاق قبل وطء أو خلوة ٣٥٦
- ما يجب من المهر في نكاح الشغار ٣٦١
- تنبيه: الظاهر أنه يلزمه تعليم كل القرآن إلخ ٣٦٨
- تنبيه: لو طلبت المرأة مهر مثلها قبل الوطء أو الموت إلخ ٣٧١
- مطلب: أحكام المتعة ٣٧٤
- مطلب: في حطّ المهر والإبراء منه ٣٨٦
- مطلب: في أحكام الخلوة ٣٨٨
- تنبيه: المهر إمّا ذهب أو فضة أو مثليّ غيرهما أو قيميّ ٤١٩
- تنبيه: المسمّى إذا كان من غير النقود ٤٣٤
- مطلب: تزوجها على عشرة دراهم و ثوب ٤٣٤
- مطلب: مسألة دراهم النقش و الحمّام و لفافة الكتاب و نحوها ٤٣٧
- مطلب: في النكاح الفاسد ٤٤١
- تنبيه: يعتبر ابتداء مدّة ثبوت النسب من وقت التفريق إلخ ٤٥١
- مطلب: التصرفات الفاسدة في العقود ٤٥٢
- مطلب: في بيان مهر المثل ٤٥٨
- بيان ما تعتبر المماثلة فيه ٤٦١
- ما يشترط في ثبوت مهر المثل ٤٦٣
- تنبيه: جرى العرف في كثير من قرى دمشق بتقدير مهر معين لجميع
- نساء أهل القرية ٤٦٨

الموضوع الصحيفة

- ٤٦٨ مطلب: في ضمان الوليِّ المهر
- ٤٨٢ مطلب: في منع الزوجة نفسها لقبض المهر
- ٤٨٢ تنبيه: حكم ما لو أجلَّ بعض المهر و دفع المعجلَّ
- ٤٨٤ ما يجوز أن تخرج له المرأة من بيت زوجها بعد قبضها المهر
- ٤٨٦ مطلب: في السفر بالزوجة
- ٤٩١ مطلب: مسائل الاختلاف في المهر
- ٥٠٥ مطلب: فيما يرسله إلى الزوجة من النقدين أو العروض أو مما يؤكل.....
- ٥١٤ مطلب: أنفق على معتدِّ الغير
- ٥١٦ تنبيه: خطب امرأة وأنفق عليها وعلمت أنه ينفق ليتزوجها إلخ.....
- ٥١٧ تنبيه: فيما لو أنفق على زوجته ثم تبينَ فسادُ النكاح
- ٥٢٢ مطلب: في دعوى الأب أنَّ الجهاز عارية
- ٥٢٣ تنبيه: جهَّز الأب ابنته ثم مات فادعت الورثة إلخ.....
- ٥٢٩ مطلب: في مهر الكفار
- ٥٣٦ مطلب: لأبي الصغيرة المطالبةُ بالمهر
- ٥٣٨ مطلب: في مهر السرِّ و مهر العلانية

باب نكاح الرقيق

- ٥٤٢ باب نكاح الرقيق
- ٥٥١ تنبيه: على علة عدم تكرار بيع القن في المهر
- ٥٥٦ مطلب: في الفرق بين الإذن و الإجازة
- ٥٦٩ تنبيه: رجل تزوج أمة على أن كل ولد تلده فهو حر إلخ.....
- ٥٧٧ مطلب: في أنَّ "الكمال بن الهمام" بلغ رتبة الاجتهاد

الموضوع	الصحيفة
مطلب: في حكم العزل	٥٨٢
مطلب: في إسقاط الحمل	٥٨٦
تنبيه: حكمُ سدِّ المرأةِ فَمَ رحمها	٥٨٧
مطلب: في تفسير العُقَر	٥٩٨
باب نكاح الكافر	
باب نكاح الكافر	٦١٢
مطلب: في الكلام على أبيّ النبي ﷺ و أهل الفترة	٦١٣
تنبيه: لو تزَّوج مسلمٌ ذمَّةً في عِدَّةٍ كافر	٦٢٣
حكم ما لو أسلم أحد الزوجين المجوسيين أو امرأة الكتابي	٦٢٧
مطلب: الصبي و المجنون ليسا بأهل لإيقاع الطلاق بل للوقوع	٦٣٣
حكم ما لو ارتد أحد الزوجين	٦٤٤
مطلب: الولد يتبع خير الأبوين	٦٥٥
تنبيه: مسلمٌ زنا بنصرانية فأنت بولد هل يكون مسلماً؟	٦٥٥
تنمة: الولد لا يصير مسلماً بإسلام جدّه ولو أبوه ميتاً	٦٥٦